

LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

ESTUDIO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE
DERECHO DE DAÑOS PÚBLICO Y PRIVADO

CONSEJO EDITORIAL

RICARDO ALONSO GARCÍA
LUIS Díez-PICAZO
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ
AURELIO MENÉNDEZ
ALFREDO MONTOYA MELGAR
GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

LUIS MEDINA ALCOZ
Profesor contratado «Juan de la Cierva»
Universidad Complutense de Madrid

LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

ESTUDIO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE DERECHO DE DAÑOS PÚBLICO Y PRIVADO

Prólogo
LUIS COSCULLUELA MONTANER





Trabajo desarrollado en el marco de los Proyectos de Investigación del Plan Nacional del Ministerio de Educación y Ciencia con referencias SEJ2004-01039/JURI y SEJ2006-10322.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Copyright © 2007, by Luis Medina Alcoz
Editorial Aranzadi, SA
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN:
Depósito Legal: NA
Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 - Pamplona

*Por su magisterio,
con mi gratitud,
a Don Luis Cosculluela Montaner,
a quien debo mi vocación universitaria
y muchas cosas más*

ÍNDICE GENERAL

ABREVIATURAS, ACRÓNIMOS Y SIGLAS	
PRÓLOGO	
INTRODUCCIÓN	
I. Planteamiento	
II. El objeto y la estructura del estudio	
III. Precisiones metodológicas	
IV. Aclaraciones	

PARTE PRIMERA: EL PROBLEMA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

CAPÍTULO PRIMERO

LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD: SINTAGMA, HIPÓTESIS Y DOCTRINA

I. El sintagma «pérdida de oportunidad»	
1. LA UTILIZACIÓN DEL GALICISMO «CHANCE» EN LENGUA ESPAÑOLA	
2. LA ETIMOLOGÍA Y EL SIGNIFICADO DE LA PALABRA «CHANCE»	
2.1. <i>La «chance» y el azar</i>	
2.2. <i>La «chance» y el riesgo</i>	
II. Las hipótesis de pérdida de oportunidad	
1. PLANTEAMIENTO	
2. CLASIFICACIÓN SEGÚN EL CONTEXTO EN QUE SE PRODUCEN	
2.1. <i>La oportunidad de victoria en los juegos de azar</i>	
2.2. <i>La oportunidad de victoria en competiciones deportivas</i>	
2.3. <i>La oportunidad de victoria en procesos jurisdiccionales, procedimientos administrativos y concursos privados</i>	
2.4. <i>La oportunidad de curación y la oportunidad de supervivencia</i> ...	
2.5. <i>La oportunidad comercial</i>	
2.6. <i>Las oportunidades perdidas en otros casos</i>	

3.	CLASIFICACIÓN SEGÚN LA NATURALEZA DEL DAÑO FINAL	
3.1.	<i>La oportunidad económica y la oportunidad personal</i>	
3.2.	<i>La oportunidad «de lucro captando» y la oportunidad «de damno vitando»</i>	
3.3.	<i>La oportunidad directa y la oportunidad consecuencial</i>	
3.4.	<i>La oportunidad pasada y la oportunidad futura</i>	
III.	La doctrina de la pérdida de oportunidad	
1.	LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD COMO TÉCNICA DE FACILITACIÓN PROBATORIA: APROXIMACIÓN A LA DOCTRINA DE LA «CHANCE»	
1.1.	<i>La pérdida de oportunidad como remedio ante la imperfección del conocimiento empírico</i>	
1.2.	<i>Otras técnicas de facilitación probatoria</i>	
1.2.1.	La denominada prueba por presunciones	
1.2.2.	La teoría del incremento del riesgo	
1.2.3.	Comparación	
2.	LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD COMO TÉCNICA ANTE LA INCERTIDUMBRE CAUSAL: EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA «CHANCE»	
2.1.	<i>La incertidumbre causal como criterio delimitador</i>	
2.1.1.	La incertidumbre causal estricta o la seriedad de la posibilidad de ventaja	
2.1.1.1.	Significado	
2.1.1.2.	La oportunidad perdida como remedio subsidiario. Uso y abuso de la doctrina de la «chance»	
2.1.2.	La incertidumbre causal irreversible o la inexorabilidad de la pérdida de la posibilidad de ventaja	
2.1.3.	La incertidumbre causal intrínseca o la imposibilidad material de prueba	
2.2.	<i>La pérdida de oportunidad como doctrina «ubiquitaria»</i>	
3.	LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD COMO REGLA DE RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL: EL CONTENIDO DE LA DOCTRINA DE LA «CHANCE»	
3.1.	<i>La regla de la responsabilidad proporcional</i>	
3.2.	<i>Otras reglas de responsabilidad proporcional</i>	
3.2.1.	La doctrina de la culpa concurrente de la víctima ..	
3.2.2.	La doctrina de la intervención concurrente de tercero	
3.2.3.	La doctrina de la fuerza mayor concurrente	
3.2.4.	La doctrina de la causa anónima o de la responsabilidad colectiva	
3.2.5.	La doctrina de la responsabilidad por cuota de mercado	
3.3.	<i>Comparación</i>	

- 3.4. *La responsabilidad proporcional como regla incompatible con la concepción tradicional de la causalidad*

CAPÍTULO SEGUNDO

LA FORMACIÓN Y LA EXPANSIÓN DE LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

- I. **Planteamiento**
- II. **La formación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en los sistemas de «Droit Civil» y «Common Law»**
- 1. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD COMO DOCTRINA DE CUÑO JURISPRUDENCIAL ..
- 2. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD COMO DOCTRINA IMPULSADA Y PERFILADA POR LOS AUTORES CRÍTICOS
- 3. BALANCE
- III. **La recepción europea de la doctrina de la pérdida de oportunidad**
- 1. LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS DE RECURSOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
- 1.1. *Planteamiento*
- 1.2. *La pérdida de «posibilidades reales» como daño resarcible*
- 2. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS
- 2.1. *La influencia del Tribunal en los Derechos nacionales de daños*
- 2.2. *La pérdida de oportunidad en algunos casos significativos*
- 3. LOS CÓDIGOS EUROPEOS DE CONTRATOS Y RESPONSABILIDAD CIVIL
- IV. **La recepción interamericana de la doctrina de la pérdida de oportunidad**
- 1. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
- 1.1. *Las «Sentencias de reparaciones»*
- 1.2. *La pérdida de oportunidad en algunos asuntos significativos*
- V. **Consideraciones finales**

CAPÍTULO TERCERO

LA RECEPCIÓN DE LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

- I. **La legislación**
- 1. LA NORMATIVIZACIÓN DEL CONCEPTO DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD POR INFLUJO DE LAS DIRECTIVAS DE RECURSOS

2.	LA REPERCUSIÓN DE LAS DIRECTIVAS DE RECURSOS EN OTROS SISTEMAS NACIONALES. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DEL DERECHO ITALIANO	
II.	La jurisprudencia	
1.	LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN LA JURISPRUDENCIA, EN GENERAL	
1.1.	<i>El «prudencial» criterio rigorista y la doctrina tradicional de la preterición virtual del lucro cesante</i>	
1.2.	<i>La pérdida de oportunidad como doctrina en auge dentro del Derecho judicial español</i>	
2.	LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CIVIL ...	
2.1.	<i>La pérdida de oportunidades procesales</i>	
2.2.	<i>La pérdida de oportunidad en supuestos de ausencia de diagnóstico prenatal correcto</i>	
2.3.	<i>La pérdida de posibilidades de curación</i>	
2.3.1.	La STS de 10 de octubre de 1998	
2.3.2.	La SAP Badajoz núm. 36/2005, de 7 de febrero	
2.4.	<i>La posibilidad de sustraerse al pago de una indemnización sacrificada por un corredor de seguros</i>	
3.	LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA	
3.1.	<i>La pérdida de posibilidades de curación</i>	
3.1.1.	La jurisprudencia de la Audiencia Nacional	
3.1.2.	La jurisprudencia del Tribunal Supremo	
3.1.3.	La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia	
3.2.	<i>La pérdida de una posibilidad de éxito en procedimientos administrativos</i>	
3.3.	<i>La pérdida de oportunidades procesales</i>	
III.	La doctrina legal del Consejo de Estado	
1.	PLANTEAMIENTO	
2.	LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDADES LABORALES	
3.	LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDADES PROCESALES	
4.	LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDADES DEPORTIVAS	
IV.	La literatura científica	
V.	Recapitulación y consideraciones conclusivas	

CAPÍTULO CUARTO

LA TEORÍA GENERAL DE LA CAUSALIDAD Y LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

I.	La teoría de la causalidad física
1.	LA REGLA DE LA INDIVISIBILIDAD DE LA CAUSA
2.	LA REGLA DE LA CONDICIONALIDAD NECESARIA Y SU VERIFICACIÓN A TRAVÉS DE LA RECONSTRUCCIÓN IDEAL DE LOS ACONTECIMIENTOS
II.	La teoría de la causalidad jurídica o imputación objetiva
1.	LA OPORTUNIDAD PERDIDA COMO CUESTIÓN EXTRAÑA A LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA
2.	LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y LA OPORTUNIDAD PERDIDA COMO TEORÍAS FUNCIONALMENTE OPUESTAS
III.	La prueba del hecho de la causalidad: el cálculo de probabilidades
1.	EL JUICIO DE CAUSALIDAD FÍSICA COMO JUICIO RACIONAL Y NORMATIVO DE VALORACIÓN
2.	LA PRUEBA DEL HECHO DE LA CAUSALIDAD COMO APROXIMACIÓN MERAMENTE PROBABILÍSTICA
2.1.	<i>El juicio al hecho, en general</i>
2.2.	<i>El juicio al hecho de la causalidad, en particular</i>
2.3.	<i>El juicio al hecho de la causalidad, según la doctrina y la jurisprudencia españolas</i>
3.	EL CÁLCULO DE PROBABILIDADES Y SUS REGLAS
3.1.	<i>La regla de la probabilidad suficiente: el umbral de certidumbre o estándar de probabilidad</i>
3.1.1.	Planteamiento
3.1.2.	La regla anglosajona de la probabilidad preponderante: «more probable than not»
3.1.3.	La regla continental de la alta probabilidad: «id quod plerumque accidit»
3.2.	<i>Las reglas de la matemática, la estadística y la lógica</i>
3.2.1.	La probabilidad matemática
3.2.1.1.	La Ley de Laplace
3.2.1.2.	Las cuotas (de mercado, de emisión y de superficie) como criterios especiales de medición probabilística
3.2.2.	La probabilidad frecuencial
3.2.3.	La probabilidad bayesiana
3.2.4.	La probabilidad lógica
3.2.4.1.	La probabilidad lógica como criterio general de medición

3.2.4.2. La compatibilidad del cálculo lógico-inductivo con la expresión numérica de las probabilidades calculadas	
3.3. <i>Las reglas de cierre o clausura: el principio tendencial «pro dam-nato» y la carga de la prueba</i>	
IV. Recapitulación y análisis de la oportunidad perdida en atención a su grado de probabilidad: la oportunidad genérica, la oportunidad específica y la oportunidad perfecta	

PARTE SEGUNDA: EL FUNDAMENTO DE LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD: TEORÍAS EN CONTRA Y A FAVOR

CAPÍTULO QUINTO LA TEORÍA DEL «TODO O NADA»

I. La teoría del «todo o nada», en general	
II. La teoría del «todo o nada» sin modulación del estándar de probabilidad	
1. LA TEORÍA EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN: EL «TODO O NADA» CON RELAJACIÓN PROBATORIA	
2. LA TEORÍA EN EL DERECHO CONTINENTAL: EL «TODO O NADA» CON RIGUROSIDAD PROBATORIA	
3. COMPARACIÓN	
III. La teoría del «todo o nada» con modulación del estándar de probabilidad	
1. LA TEORÍA DEL «TODO O NADA» CON RELAJACIÓN PROBATORIA EXACERBADA ..	
2. LA TEORÍA DEL «TODO O NADA» CON RIGUROSIDAD PROBATORIA EXACERBADA	
3. COMPARACIÓN	
IV. Revisión crítica	
1. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA TEORÍA DEL «TODO O NADA», EN GENERAL	
2. ANÁLISIS CRÍTICO DE SUS DIFERENTES MODALIDADES, EN PARTICULAR	

CAPÍTULO SEXTO LA TEORÍA ONTOLÓGICA

I. La teoría ontológica, en general	

II. La teoría ontológica del perjuicio patrimonial	
1. APROXIMACIÓN	
2. LA TEORÍA ONTOLÓGICA MODERADA	
2.1. <i>Significado</i>	
2.2. <i>Su formidable aceptación en los sistemas de nuestro entorno</i>	
2.3. <i>Su arraigo en la doctrina civil española</i>	
3. LA TEORÍA ONTOLÓGICA RADICAL	
3.1. <i>Significado</i>	
3.2. <i>Su escasa acogida jurisprudencial</i>	
4. REVISIÓN CRÍTICA	
4.1. <i>Análisis crítico de la teoría ontológica del perjuicio patrimonial, en general</i>	
4.2. <i>Análisis crítico de la versión moderada</i>	
4.3. <i>Análisis crítico de la versión radical</i>	
III. La teoría ontológica del perjuicio personal	
1. SIGNIFICADO	
2. LA TEORÍA DENTRO DEL PANORAMA JURÍDICO COMPARADO. SU ACEPTACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA	
3. SUS MODALIDADES	
3.1. <i>Según el bien de la personalidad que se reputa lesionado</i>	
3.2. <i>Según el criterio cuantificador adoptado</i>	
4. REVISIÓN CRÍTICA	
IV. La teoría ontológica y su relación con otros expedientes justificativos de responsabilidades sin causa física probada	
1. PLANTEAMIENTO	
2. LA DIFICULTAD DE EXPLICAR DOGMÁTICAMENTE LAS DOCTRINAS DE LA CAUSA ANÓNIMA Y DE LA RESPONSABILIDAD POR CUOTA DE MERCADO	
2.1. <i>La teoría de la personificación</i>	
2.2. <i>La teoría de la causa presunta</i>	
2.3. <i>La teoría de la «responsabilidad por incertidumbre»</i>	
2.4. <i>La teoría del riesgo creado</i>	
V. La proliferación de ficciones como síntoma de crisis	
1. ¿HACIA UNA NUEVA TEORÍA GENERAL DE LA CAUSALIDAD?	
2. EL RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDADES SIN CULPA Y DE RESPONSABILIDADES SIN CAUSA: PARALELISMOS	

CAPÍTULO SÉPTIMO LA TEORÍA DE LA CAUSALIDAD PROBABILÍSTICA

- I. La teoría de la causalidad probabilística, en general**
- II. La teoría moderada de la causalidad probabilística**
 - 1. SIGNIFICADO
 - 2. ANÁLISIS CRÍTICO
- III. La teoría radical de la causalidad probabilística**
 - 1. SIGNIFICADO
 - 2. ANÁLISIS CRÍTICO
- IV. La teoría de la causalidad probabilística y el Derecho positivo**
 - 1. LA TEORÍA DE LA CAUSALIDAD PROBABILÍSTICA EN LOS CÓDIGOS DE DERECHO EUROPEO Y EN EL ANTEPROYECTO SUIZO DE OBLIGACIONES
 - 2. LA TEORÍA DE LA CAUSALIDAD PROBABILÍSTICA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA
 - 2.1. *Planteamiento*
 - 2.2. *Exégesis de los preceptos reguladores de hipótesis de causalidad alternativa y causalidad cumulativa*
 - 2.3. *Exégesis de los preceptos reguladores de hipótesis de causalidad incierta o pérdida de oportunidad*

PARTE TERCERA: EL ACTO ADMINISTRATIVO FAVORABLE Y LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

CAPÍTULO OCTAVO EL NEXO DE CAUSALIDAD Y EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

- I. Planteamiento: las hipótesis de inobtención de acto administrativo favorable**
- II. La teoría de la causalidad física proyectada sobre las hipótesis de inobtención de acto administrativo favorable**
 - 1. EL CÁLCULO DE PROBABILIDADES COMO TÉCNICA NECESARIA PARA LA DETERMINACIÓN DEL NEXO CAUSAL. LA RECONSTRUCCIÓN IDEAL DEL PROCEDIMIENTO
 - 2. LAS TENDENCIAS CONTRARIAS AL CÁLCULO DE PROBABILIDADES
 - 2.1. *El cálculo de probabilidades y el principio de la separación de poderes*
 - 2.2. *El cálculo de probabilidades y la teoría de la resarcibilidad privativa del derecho subjetivo*

III. El juicio de causalidad y el juicio de restitución	
1. LAS DIFERENCIAS FUNCIONALES Y ESTRUCTURALES DE LA TUTELA RESARCITORIA Y LA RESTITUTORIA	
2. EL JUICIO HIPOTÉTICO Y «PÓSTUMO» (RESARCITORIO) Y EL JUICIO REAL Y «PRO FUTURO» (RESTITUTORIO)	

CAPÍTULO NOVENO

LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

I. El cálculo de probabilidades y la potestad reglada	
1. LA IMPOSIBILIDAD DE UNA ESTRICTA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD DE RESOLUCIÓN FAVORABLE	
2. LA OPORTUNIDAD PERFECTA O LA PÉRDIDA DE LA VENTAJA FINAL: SUPUESTOS DE NEXO CAUSAL ACREDITADO POR AUSENCIA DE DISCRECIONALIDAD	
2.1. <i>Los procedimientos de contratación por subasta. Los criterios (pre-suntivos) de valoración del beneficio contractual inobtenido</i>	
2.2. <i>Otras aplicaciones jurisprudenciales</i>	
II. El cálculo de probabilidades y la potestad discrecional	
1. LOS MÁRGENES DE OPINABILIDAD Y DISCRECIONALIDAD COMO ELEMENTOS DE INCERTIDUMBRE	
2. EL GRADO DE AGOTAMIENTO DE LOS MÁRGENES DE DISCRECIONALIDAD COMO ELEMENTO DECISIVO DEL CÁLCULO DE PROBABILIDADES. OTROS FACTORES CONDICIONANTES	
3. LA OPORTUNIDAD PERFECTA O LA PÉRDIDA DE LA VENTAJA FINAL: SUPUESTOS DE NEXO CAUSAL ACREDITADO, PESE A LA DISCRECIONALIDAD	
3.1. <i>El Tribunal Supremo y el Consejo de Estado ante la doctrina del agotamiento: supuestos en que aprecian la relación causal del daño con infracción de las reglas de procedimientos de contratación o función pública</i>	
3.2. <i>Algunos casos en que, posiblemente, debió apreciarse la concurrencia del nexo causal</i>	
3.2.1. <i>La regla de la resarcibilidad privativa del derecho subjetivo. El Dictamen 1697/2002 del Consejo de Estado, de 25 de julio</i>	
3.2.2. <i>El riesgo de que auténticos lucros inobtenidos vengán reparados como meras posibilidades de ganancia. La sentencia 1/2001 del TAR de Bolzano, de 9 de enero</i>	
3.2.3. <i>La SAN de 31 de mayo de 2006</i>	
4. LA OPORTUNIDAD GENÉRICA O LA PÉRDIDA DE UNA SIMPLE ILUSIÓN: SUPUESTOS DE NULA PROBABILIDAD CAUSAL	

4.1.	<i>Consideraciones generales. En especial, la oportunidad genérica de victoria en los procedimientos de contratación pública</i>	
4.2.	<i>La oportunidad de acceso o promoción funcionarial</i>	
5.	LA OPORTUNIDAD ESPECÍFICA O LA PÉRDIDA ESTRICTA DE «CHANCE»: SUPUESTOS DE PROBABILIDAD CAUSAL SERIA Y REAL	
5.1.	<i>Planteamiento</i>	
5.2.	<i>La «chance» de victoria en procedimientos de contratación</i>	
5.2.1.	Algunos buenos ejemplos de la jurisprudencia territorial italiana	
5.2.2.	El problema de la reparación de la oportunidad perdida cuando cabe aún la condena a la repetición del procedimiento: La sentencia del «Consiglio di Stato» de 31 de marzo de 2006	
5.2.3.	El problema de la reparación de la oportunidad perdida cuando sólo se ha reclamado el lucro cesante: la sentencia 660/2000 del TAR de Toscana, de 13 de abril	
5.3.	<i>La pérdida de oportunidad de victoria en procedimientos selectivos de función pública: análisis comparativo del Dictamen 965/1999 del Consejo de Estado, de 22 de abril, y de la Sentencia de la «Corte di Cassazione» 11955/2001, de 21 de septiembre</i>	
5.4.	<i>La pérdida de la oportunidad de obtener autorización de apertura de establecimiento farmacéutico. Análisis crítico de la STS de 7 de diciembre de 1998</i>	
BIBLIOGRAFÍA		

ABREVIATURAS, ACRÓNIMOS Y SIGLAS

AAVV	Autores varios
Abogs.	Abogados
abr.	abril
AC	Aranzadi Civil
Acad.	Academia
act.	actualizado/actualizada
Act. adm.	Actualidad Administrativa
Act. civ.	Actualidad Civil
Act. jur. Ar.	Actualidad Jurídica Aranzadi
Act. jur. Droit adm.	L'Actualité Juridique. Droit administratif
adm.	administrativo/administrativa
Air Force L. Rev.	Air Force Law Review
Am. B. Found. Res. Journal	American Bar Foundation Research Journal
ampl.	ampliado/ampliada
ADC	Anuario de Derecho Civil
ag.	agosto
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
American L. Reports	American Law Reports
An. Fac. Der. Univ. Autón. Madrid	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
Ans.	Anales
Ans. Acad. Matrit.	Anales de la Academia Matritense del Notariado
Not.	
ap.	apartado
AP	Audiencia Provincial
Apel./apel.	Apelación/apelación
Appel./appel	Appelazione/appelazione
aps.	Apartados
Ar.	Aranzadi, Edit.
Ar. civ.	Aranzadi Civil
Arch. civ.	Archivio civile
Arch. Dir. pubbl.	Archivio di Diritto pubblico
Arch. giur.	Archivio giuridico
Arch. Resp. civ.	Archivio della Responsabilità civile
Arg.	Argentina
AS	Aranzadi Social
Assic.	Assicurazioni
Asoc.	Asociación
Asoc. Esp. Abogs.	Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro
Especs. Resp. civ. Seg.	
Ass. Plén.	Assemblée Plénière
AT	Audiencia Territorial
aum.	aumentado/aumentada
Australian L. Journal	Australian Law Journal
AVR	Archiv des Völkerrechts

Baylor L. Rev.	Baylor Law Review
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil alemán)
B. D.	Base de Datos
BOE	Boletín Oficial del Estado
BO	Boletín Oficial
Bol.	Boletín
Bol. I. Col. Abogs. Madrid	Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid
Bol. Inf.	Boletín Informativo/de Información
Bol. Inf. Min. Just.	Boletín de Información del Ministerio de Justicia
Bol. Just. Mun.	Boletín de Justicia Municipal
Boston Univ. L. Rev.	Boston University Law Review
c.	columna/contra
C.	Código
cc.	columnas
CC	Código civil
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
C. Ests. Juds.	Centro de Estudios Judiciales
C. Ests. Políts.	Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
Consts.	
CP	Código penal
C. Publics.	Centro de Publicaciones
CADH	Convenio Americano de Derechos Humanos
Canadian Cases L. Torts (2d)	Canadian Cases on the Law of Torts, second Series
Cap.	Capítulo
Cardozo L. Rev.	Cardozo Law Review
Cas./cas.	Casación
Cass.	Cassazione/Cassation
Cat.	Católico/Católica
Catholic Univ. L. Rev.	Catholic University Law Review
CE	Constitución Española/Comunidad Europea
CEE	Comunidad Económica Europea
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
Ceura	Centro de Estudios Ramón Areces
Chicago Bar Ass. Rec.	Chicago Bar Association Record
Chron.	Chronique
cit.	citado/citada
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
Clueb	Cooperativa Libreria Universitaria Editrice Bologna
Col.	Colección/Colegio
colab.	colaboración
Com.	Comisión
coment.	comentario
comp.	compilador
Complut.	Complutense
conf/s.	conferencia/s
cons.	consulta
Cons.	Consejo/Consiglio
Cons. Consult.	Consejo Consultivo

Cons. Gen. Not.	Consejo General del Notariado
Cons. Gen. Poder Jud.	Consejo General del Poder Judicial
Const./const.	Constitucional/constitucional
Contr. impr.	Contratto e Impresa
Consult.	Consultivo
coord./s.	coordinador/coordinadores
Corr. giur.	Il Corriere Giuridico
Cuads.	Cuadernos
Cuads. Der. jud.	Cuadernos de Derecho Judicial
D.	Doctrina/Decreto
D. Leg.	Decreto Legislativo
d. Lgs.	Decreto Legislativo
Danno resp.	Danno e Responsabilità. Problemi di responsabilità civile e assicurazioni
Der.	Derecho/El Derecho (R. jurispr.)
DES	dietilestilbestrol
dic.	diciembre
dir.	dirección
Dir./dir.	Diritto/diritto
Dir. amm.	Diritto amministrativo
Dir. comunit.	Diritto comunitario degli scambi internazionali
scambi intern.	
Dir. giust.	Diritto e Giustizia
Dir. Lav.	Il Diritto del lavoro
Dir. proc. amm.	Diritto processuale amministrativo
Dir. pubbl.	Diritto pubblico
Dir. priv.	Diritto privato
Dir. proc. amm.	Diritto processuale amministrativo
Dir. Reg.	Il Diritto della Regione. Regione del Veneto
DL	Decreto Ley
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
Doctr.	Doctrina/Doctrine
Doctr. Jud.	Doctrina Judicial
Document. adm.	Documentación Administrativa
DÖV	Die öffenfentliche Verwaltung
Droit Patr.	Droit & Patrimoine
Duke L. Journal	Duke Law Journal
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DT	Disposición Transitoria
ed.	edición
ed/a	edición del autor
Edit.	Editorial
Edersa	Editoriales de Derecho Reunidas, S. A.
Edics.	Ediciones
Edit.	Editorial
EGTL	European Group on Tort Law (Grupo Europeo de Responsabilidad Civil)
Ejea	Edit. Jurídica Euro-América
EE	Estudios
EEUU	Estados Unidos de Norteamérica
en.	enero
Esp.	Español/Española

esp.	especial/en especial
Espec./s.	Especializado/Especializados
Ests.	Estudios
EUNSA/Eunsa	Ediciones Universidad de Navarra
Europa Dir. pri.	Europa e Diritto privato
European Rev. Priv. L.	European Review of Private Law
European Rev. Public Law	European Review of Public Law
Fac. Der.	Facultad de Derecho
febr.	febrero
Fed.	Federación
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
Foro amm.	Il Foro Amministrativo (desglosada en dos desde 2002)
Foro amm. C.d.S.	Il Foro Amministrativo-Consiglio di Stato
Foro amm. T.A.R.	Il Foro Amministrativo-Tribunali Amministrative Regionali
Foro it.	Il Foro Italiano (las cc. corresponden a las columnas, dos por cada p.)
Fr.	Francés/Francesa
Fund.	Fundación
Gaz. Math.	Gazette des Mathématiciens
Gaz. Palais	Gazette du Palais
Gen./Gén.	General/Général
Giorn. Dir. amm.	Giornale di Diritto amministrativo
Giurispr. cost.	Giurisprudenza costituzionale
Giurispr. it.	Giurisprudenza italiana (las cc. corresponden a las columnas, dos por p.)
Giust. amm.	Giustizia amministrativa
Giust. civ.	Giustizia civile
Giust. it.	Giustizia italiana
Hofstra L. Rev.	Hofstra Law Review
I	Ilustre
IIDH	Instituto Interamericano de los Derechos Humanos
Impr.	Imprenta
INAP/Inap	Instituto Nacional de Administración Pública
INSALUD/Insalud	Instituto Nacional de la Salud
INSS/Inss	Instituto Nacional de la Seguridad Social
Inst.	Instituto
Inst. Ests. Adm. Local	Instituto de Estudios de la Administración Local
Inst. Ests. Políts.	Instituto de Estudios Políticos
Intern. Compar. Law Quarterly	International and Comparative Law Quarterly
it.	italiano/italiana
Jovene	Casa Editrice Dottore Eugenio Jovene, Nápoles
Journal Contemporary Health L. Policy	Journal of Contemporary Health Law and Policy
Journal Legal Stud.	Journal of Legal Studies
Jud.	Judicial
jul.	julio
jun.	junio

JUR	Documento de Jurisprudencia disponible en http://westlaw.es y, en su caso, en productos CD/DVD
jur.	jurídico/juridique
Juris-Classeur pér.	Juris-Classeur périodique, La Semaine Juridique
jurispr.	jurisprudencia
Just. adm.	Justicia Administrativa
JZ	Juristen Zeitung
LECiv	Ley de Enjuiciamiento Civil
L.	Law/Liras
La Ley-Act.	La Ley-Actualidad
Lab.	Laboral
JZ	Juristen Zeitung
LEF	Ley de Expropiación Forzosa
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Edit.
Leggi	Le Leggi
Lj	Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa
Libr.	Librería
Litec	Librairie de la Cour de Cassation, Edit. (París)
LO	Ley Orgánica
LPC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LRJAE	Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado
mar.	marzo
marg.	marginal
Massachusetts L. Rev.	Massachusetts Law Review
méd.	médical
Melbourne Univ. L. Rev.	Melbourne University Law Review
Min. Adms. Publs.	Ministerio de Administraciones Públicas
Min. Ec. Hac.	Ministerio de Economía y Hacienda
Min. Just.	Ministerio de Justicia
Minnesota L. Rev.	Minnesota Law Review
Mod. L. Rev.	Modern Law Review
monogr.	monografía, monográfico
n.	nota/número
New L. Journal	New Law Journal
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
North Carolina L. Rev.	North Carolina Law Review
NY Univ. L. Rev.	New York University Law Review
Nots-UE	Noticias de la Unión Europea
nov.	noviembre
Noviss. Dig. it.	Novissimo Digesto Italiano, Utet, Torino
núm/s.	Número/números
Nuova Rass. legisl.	Nuova Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza
dottr. giurispr.	
Nuovo Dir.	Il Nuovo Diritto
oct.	octubre
OEA	Organización de Estados Americanos
OM	Orden Ministerial
p.	página
per.	periódico

pér.	périodique
Peopil	Pan-European Organisation of Personal Injury Lawyers
Poder jud.	Poder Judicial
pon/s.	ponencia/s
Pontif.	Pontificio/a
Pontif. Univ. Cat. Perú	Pontificia Universidad Católica del Perú
pp.	páginas
Práct. Der. Daños	Práctica Derecho de daños
present.	presentación
Presses Univers. d'Aix-Marseille	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
priv.	privado/privato
pról.	prólogo
Ptas.	Pesetas
Publics.	Publicaciones
Publics. Real Col. Esp.	Publicaciones del Real Colegio de España
R.	Revista
RAP	Revista de Administración Pública
Rass. TAR	Rassegna
R. Asoc. Esp. Abogs.	Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en
Espec. Resp. civ. Seg.	Responsabilidad Civil y Seguro
R. Der. merc.	Revista de Derecho Mercantil
R. Der. Not.	Revista de Derecho Notarial
R. Der. priv.	Revista de Derecho Privado
R. Gen. Der.	Revista General de Derecho
R. Gen. Der. Adm.	Revista General de Derecho Administrativo, Iustel
R. IIDH	Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos
R. Jur. Cataluña	Revista Jurídica de Cataluña
R. Latinoamericana Der.	Revista Latinoamericana de Derecho
Rass. TAR	Rassegna TAR
recop.	recopilación
RD	Real Decreto
REDA	Revista Española de Administración Pública
Rep./rep.	Repertorio
reprod.	reproducción
Resp. civ. previd.	Responsabilità Civile e Previdenza
Rev.	Review
revis.	revisado/revisada
Revue Droit public	Revue de Droit public et de la Science politique en France et à l'étranger
Revue Fr. Droit adm.	Revue Française du Droit administratif
Revue gén. Droit méd.	Revue générale de Droit médical
Revue Hosp. Fr.	Revue Hospitalière de France
Revue rech. jur. Droit prosp.	Revue de recherche juridique. Droit prospectif
Revue trim. Droit civil	Revue trimestrielle de Droit civil

Revue trim. Droit comm.	Revue trimestrielle de Droit commercial et de Droit économique
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
Riv.	Rivista
Riv. amm. Repubbl. it.	Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana
Riv. crit. Dir. priv.	Rivista Critica di Diritto Privato
Riv. Dir. civ.	Rivista di Diritto Civile
Riv. Dir. comm.	Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni
Riv. Dir. eur.	Rivista di Diritto europeo
Riv. Dir. lav.	Rivista di Diritto del lavoro
Riv. Dir. pri.	Rivista di Diritto privato
Riv. Dir. proc.	Rivista di Diritto Processuale
Riv. giur. edil.	Rivista giuridica dell'edilizia
Riv. giur. circ. traspt.	Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti
Riv. giur. sarda	Rivista giuridica sarda
Riv. giur. urb.	Rivista giuridica di urbanistica
Riv. it. Dir. lav.	Rivista italiana di Diritto del lavoro
Riv. it. Dir. pubbl. comunit.	Rivista italiana di Diritto pubblico comunitario
Riv. it. Scienze giur.	Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche
Riv. trim. app.	Rivista trimestrale degli appalti
Riv. trim. Dir. proc. civ.	Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile
Riv. trim. Dir. pubbl.	Rivista trimestrale di Diritto pubblico
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RJCA	Repertorio de Jurisprudencia Contencioso-Administrativa Aranzadi
S.	Sentencia
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
SAN	Sentencia de Audiencia Nacional
Saskatchewan L. Rev.	Saskatchewan Law Review
SCIDH	Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Secc./Seccs.	Sección/Secciones
sep.	Separata
sept.	septiembre
Serv.	Servicio
Serv. Publics.	Servicio de Publicaciones
Sez.	Sezione
Sez. Un.	Sezioni Unite
South Carolina L. Rev.	South Carolina Law Review
South Dakota L. Rev.	South Dakota Law Review
South Texas L. Rev.	South Texas Law Review
Southern California L. Rev.	Southern California Law Review
Spisa	Scuola di specializzazione in studi sull'amministrazione pubblica, Univ. Bologna
ss.	siguientes

SSAN	Sentencias de la Audiencia Nacional
SSCIDH	Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
SSTEDH	Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STC	Sentencia de Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia de Tribunal Supremo
suplem.	suplemento
t.m.	texto mecanografiado
T	Tribunal
t.	tomo
TA	Texto Articulado
TAC	Tomografía axial computerizada (prueba de diagnóstico)
TAR	Tribunale Amministrativo Regionale
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Temi	Temi, Rivista Giuridica Italiana
Tennessee L. Rev.	Tennessee Law Review
Texas L. Rev.	Texas Law Review
Tip.	Tipografía
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
Tr.	Tribunal
TR	Texto Refundido
TRLCAP	Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
trad.	Traducción
trim.	trimestral/trimestrale/trimestrelle
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea
Uned	Universidad Nacional de Educación a Distancia
UNIDROIT	Institut International pour l'Unification du Droit Privé (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado)
Univ.	Universidad/Università/Université
Univ. Autón. Madrid	Universidad Autónoma de Madrid
Univ. Baltimore L. Rev.	University of Baltimore Law Review
Univ. Complut.	Universidad Complutense de Madrid
Univ. Dayton L. Rev.	University of Dayton Law Review
Univ. Memphis L. Rev.	University of Memphis Law Review
Univ. Pittsburgh L. Rev.	University of Pittsburgh Law Review
Univ. Toledo L. Rev.	University of Toledo Law Review
Univ. Toronto L. Journal	University of Toronto Law Journal
Univ. Toronto Faculty L. R.	University of Toronto Faculty Law Review
Urb. app.	Urbanistica e appalti

Utet	Unione Tipografica Editrice Torinese
Val.	Valenciana
VerwArch.	Verwaltungsarchiv
vol./vols.	volumen/volúmenes
vs.	versus
VVStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrecht- slehrer
Wake Forest L. Rev.	Wake Forest Law Review
Washington L. Rev.	Washington Law Review
Yale L. Journal	Yale Law Journal

PRÓLOGO

La obra de Luis Medina Alcoz que tengo el honor de prologar no es primeriza, ni por el autor, que ha publicado ya más de diez trabajos de investigación, ni por el tema, del que hay que citar su monografía, La responsabilidad patrimonial por acto administrativo (Thomson/Civitas, 2005), resultado de la tesis que presentó como becario del Real de Colegio de España para la obtención del Doctorado Europeo en la Universidad de Bolonia. El libro no es tampoco una simple continuación de la obra citada; es una investigación sobre un muy trascendental aspecto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y, en general, de la responsabilidad por daños: las modernas concepciones sobre la causalidad, como requisito del deber de indemnizar, y, entre ellas, especialmente, la que expresa una doctrina cada vez más manejada por la jurisprudencia, la teoría de la pérdida de oportunidad. Se está, pues, ante un trabajo que penetra en un campo espinoso y, a la vez, apasionante, porque en él se han desarrollado las soluciones basadas en las tesis tópicas del Derecho, y junto a ellas, las justificaciones construidas ad utilitatem al objeto de completarlas y, de este modo, procurar satisfacción y hacer justicia en el caso concreto, sin destruir el tópico erigido en principio institucional necesario para fundamentar el deber de indemnizar. Es, en resolución, un ámbito en el que están proliferando las mentiras técnicas de que hablara acertadamente JHERING en su Espíritu del Derecho romano.

Los Juzgados y Tribunales de lo Contencioso-Administrativo y el Consejo de Estado se enfrentan habitualmente a supuestos en los que resulta imposible demostrar que el daño efectivamente padecido por el ciudadano ha sido consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, tal como exige el artículo 106.2 CE, o del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, según reza el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Son supuestos en que el nexo causal entre la intervención administrativa y el daño sufrido puede discutirse en un sentido afirmativo o negativo con argumentos formalmente válidos tanto para afirmar su certeza como para rechazar su existencia. Casos en los que, de no haber mediado la actuación administrativa, las probabilidades de que el daño hubiera dejado de producirse son serias, pero insuficientes para tener por probado el requisito de la causalidad. Es lo que puede ocurrir, por ejemplo, cuando se produce el resultado de muerte o el agravamiento de una enfermedad como consecuencia de una intervención médica realizada por los servicios de la Sanidad Pú-

blica, sin que el enfermo hubiera sido cumplidamente informado acerca de los riesgos a los que se exponía. ¿Hubiera alterado la decisión del paciente una adecuada información? ¿Hubiera evitado el perjuicio? ¿Es el menoscabo consecuencia del incumplimiento del deber de informar o resultado de una cadena causal que se habría producido en cualquier caso, aunque se hubieran proporcionado al enfermo todos los detalles de la intervención?

El significado de la exigencia del nexo causal entre el hecho ilícito y el daño producido varía según el Ordenamiento que se tome en consideración. En el español y, en general, en todos los de nuestro entorno cultural jurídico, tal exigencia está prevista en la Ley. Pero ¿Cuándo se entiende que hay nexo causal entre la actuación administrativa y el daño producido? Existen supuestos en que la causalidad es evidente y netamente cierta; otros en que la causalidad es sólo probable, con un margen cuantitativo variable en torno a las probabilidades de conectar el daño a la conducta imputable a la Administración; y a veces la causalidad es sólo posible. ¿Debe el juzgador estimar que sólo los casos en que la causalidad es plena, evidente y demostrable cabe reconocer cumplido este requisito y reconocer la indemnización solicitada?

En términos formales, la solución válida es, en principio, la que niega la indemnización por ausencia del requisito causal; pero no es ésta la que, cada vez con más frecuencia, aplican nuestros Jueces y Tribunales y el Consejo de Estado. En ocasiones, se reconoce el deber de indemnizar el daño con un alcance no total, sin justificar el reconocimiento de estas indemnizaciones parciales del daño que se entiende producido y que solicita el recurrente. Pero, a veces, con invocación de variadas teorías y, entre ellas, principalmente, la de la pérdida de oportunidad, el juzgador se enfrenta directamente con el problema de la incertidumbre causal, aceptando un grado de probabilidad de la causa inferior al exigido tradicionalmente para demostrar que el hecho enjuiciado equivale a la *conditio sine qua non*; o negando la causalidad, pero justificando el libramiento de un resarcimiento parcial. Entre estas últimas, pueden citarse dos recientes sentencias. La primera, de 15 de febrero de 2006, es exponente de una jurisprudencia que está acuñando la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que apela a la idea de la oportunidad perdida para proporcionar tutela, pese a no existir la certeza de que la muerte del paciente fue consecuencia del funcionamiento anormal del Servicio sanitario; funcionamiento anormal concretado en el asunto enjuiciado en el retraso de una intervención médica. La segunda es la de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2006. En ella se impone a un procurador el deber de indemnizar porque dejó de comunicar al letrado de su parte el emplazamiento recibido para interponer recurso de casación contra la sentencia que había condenado a su poderdante (un Ayuntamiento) a resarcir a quien había resultado herido en un festival taurino. Se considera que,

de haberse formalizado, el recurso habría tenido una oportunidad de prosperar y que la pérdida de ésta constituye un daño patrimonial indemnizable. Se aplica así una doctrina que empieza a acogerse ya sin reconvertir el supuesto, como viene siendo habitual, a un simple perjuicio de carácter moral que se valora según la discreción del juzgador, sin sujeción a pautas fiscalizables de racionalidad. Se trata, no obstante, de una doctrina que choca con nuestros posicionamientos legales clásicos ¿Supone esto que la causalidad debe ser entendida de forma diferente según el caso concreto o, más radicalmente, que la causalidad debe ser sustituida por otro concepto más flexible con el que fundar la responsabilidad?

Otros sistemas han afrontado decididamente estas cuestiones. Es el caso de los Derechos francés, holandés, belga o italiano, dentro del continente europeo; y, desde luego, los de Gran Bretaña y Norteamérica, en el ámbito anglosajón. En estos últimos, la introducción de formulas nuevas, más sensibles a las transformaciones de la realidad social y aferradas a las peculiaridades del caso, está resultando más sencilla, dado el grado de libertad de apreciación de que goza el juez, mayor que el de los sistemas basados en la vinculación estricta de la actividad jurisdiccional a la Ley; Ley que sanciona expresamente el requisito de la causalidad. En otro plano, el internacional, otros Tribunales, como el Europeo de Derecho Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han abordado también nuevos planteamientos para dar respuesta a este tipo de supuestos. Temas que aborda certeramente la obra que comentamos.

El problema en España, dicho claramente, es que la doctrina todavía está demasiado apegada a los planteamientos clásicos y no ofrece al operador jurídico recursos teóricos suficientes para dar entrada a las soluciones que ya están incorporándose en aquellos ordenamientos jurídicos. Por eso son necesarios trabajos que revisen críticamente las nuevas teorías causales y el juego que pueden tener dentro del Derecho español. Es lo que ha hecho Luis Medina Alcoz en este libro, que contiene una labor investigadora realizada con pulcritud y seriedad sobre un tema que no ha sido estudiado, en profundidad, en el ámbito de nuestra disciplina y del que sólo últimamente han empezado a aparecer algunas aportaciones en el marco del Derecho civil. Su objetivo inmediato es señalar las bases teóricas con que conciliar los conceptos tradicionales de la doctrina de la causalidad con la teoría de la pérdida de oportunidad. Lo hace analizando los distintos supuestos que se presentan en el “Derecho de daños” en su doble vertiente, pública y privada. Evidentemente, dentro del Derecho público, los casos más característicos son los referidos a procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas o de selección de funcionarios; pero el autor toma en consideración muchos más, adoptando un enfoque multidisciplinar que incorpora el acervo acumulado, no sólo en el ámbito jurídico-administrativo, sino

también en el Derecho civil. Pues, no en vano, esta institución tiene el carácter de verdadero supraconcepto, con elementos comunes, que deben ser tomados en consideración en cualquier rama del Derecho. Precisamente por esta amplitud de miras, el autor ha podido analizar casos de responsabilidad de la Administración y de los particulares distintos de los que ordinariamente se reputan como de pérdida de oportunidad; casos en los que tampoco es posible defender la existencia de un nexo causal entre la conducta del demandado y el daño producido, y en los que también se estima la demanda y se ordena la reparación aplicando razonamientos que aceptan la ponderación de la mera probabilidad. La visión de conjunto permite al autor constatar que la incertidumbre causal ya no puede considerarse siempre como excluyente del deber de indemnizar en nuestro Ordenamiento, pues ha habido un cambio en la sensibilidad de los órganos jurisdiccionales que, sin modificación expresa de la legislación aplicable, evitan que la víctima quede sin reparación alguna siempre que no resulte evidente que la conducta del supuesto responsable haya propiciado el daño.

El autor realiza un profundo estudio de la teoría general de la causalidad, poniendo énfasis en los extremos en los que la atención de la doctrina ha sido hasta ahora menor, especialmente en la cuestión de la causalidad física y el problema de la prueba de la relación causal. Partiendo de la mejor dogmática del Derecho procesal y de la Filosofía de Derecho, Luis Medina Alcoz desmiente que el problema de averiguar si determinado hecho o conducta fue condición necesaria del daño, y por tanto, causa del mismo, constituya una cuestión exclusivamente fáctica a la que son ajenas las reglas o postulados jurídicos y en la que sólo importan las opiniones de los expertos periciales, que es la posición clásica de la doctrina. Afirma, por el contrario, que el juicio de causalidad es una valoración ponderada sujeta a la sana crítica que, en este punto, se nutre de distintas reglas que deben tomarse en consideración. En primer lugar, la regla de la probabilidad suficiente, que condiciona la afirmación de la certeza del nexo causal a la demostración de la alta probabilidad de que, sin la intervención del hecho ilícito, el daño no se hubiera producido (*id quod plerumque accidit*). En segundo lugar, las reglas de cálculo de esa probabilidad suficiente que se fundan en la lógica inductiva, y también, pero con menor relevancia, en la teoría matemática de la probabilidad y en la estadística. Y, por último, en las reglas generales de la carga de la prueba, aunque la justicia del caso concreto parece exigir en ocasiones el juego operativo del principio tendencial *pro damnato*, que alivia la rigurosidad de la prueba plena.

Éstas, que son las reglas fundamentales de la teoría de la causalidad física, están sufriendo, como pone de relieve el autor, alguna modificación. Así en particular, la regla de la probabilidad suficiente, que se traduce en la reparación total del daño, cuando la prueba del nexo causal alcanza un determinado nivel de probabilidad; o en la negación total

del resarcimiento, cuando la prueba del nexo causal no supera el umbral de certidumbre. Es la tesis del todo o nada. Prueba de esta transformación son algunas soluciones legislativas que, superadoras de la teoría extremista, adopta el propio ordenamiento español, a menudo a impulso del Derecho Comunitario europeo. En este sentido deben mencionarse: la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, de Contratación en los denominados sectores excluidos o especiales; la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación; la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza, y los Reglamentos que la desarrollan, así como diversas Leyes autonómicas de caza (Aragón, Canarias, Cantabria, La Rioja). Estos textos, en lugar de afirmar la regla de la probabilidad suficiente, sancionan un principio de causalidad probabilística en cuya virtud procede reconocer una indemnización no plena, sino reducida, proporcional a la probabilidad de que el demandado fuera realmente el autor de la lesión. Son preceptos con los que el Legislador español admite soluciones indemnizatorias que, alejadas de los postulados tradicionales del todo o nada, parecen basarse en una regla de causalidad probabilística que sustituye la de la probabilidad suficiente; y, con ello, la exigencia de que la causalidad sea negada o afirmada enteramente.

Todas estas normas, especialmente las de la legislación de contratos en relación con la pérdida de la oportunidad de resultar adjudicatario por una exclusión indebida de un licitador, plantean el problema de su aplicación analógica a los supuestos de otras materias que no han sido expresamente regulados. El autor, que de lege ferenda comulga con la idea de reformar los planteamientos tradicionales de la justificación del nexo causal, encuentra en la analogía el instrumento con que justificar de lege lata el juego del principio de causalidad probabilística dentro del Derecho español, pero no se pronuncia con rotundidad. Analiza las distintas teorías que en este punto se han vertido, sobre todo fuera de nuestras fronteras, pero es consciente de que el requisito de la causalidad sigue figurando en la Ley 30/1992 y en el Código Civil, e insiste en que, en todo caso, la teoría de la pérdida de la oportunidad no puede ser más que un complemento de la exigencia del nexo causal, que debería ser aplicable en los supuestos concretos en que falle la teoría clásica porque la justicia del caso concreto exija del ordenamiento jurídico una respuesta distinta. En todo caso, el estudio del autor tiene la virtud de sacar a la luz los exactos términos en que se plantea el problema de la oportunidad perdida, como un conflicto entre la teoría clásica de la causalidad y la necesidad sentida de indemnizar en algunas hipótesis de incertidumbre causal. Se rechazan así las múltiples teorías, dominantes todavía en el panorama doctrinal y jurisprudencial, que enmascaran este conflicto, eludiendo la reflexión teórica en torno a sus posibles soluciones y prefiriendo acudir a un artificio o mentira técnica, como es considerar que quien no puede acreditar el nexo causal ha de ser indemnizado por un daño moral o por la pérdida de una posibilidad que ya formaba parte de su patrimonio y está jurídicamente protegida.

No obstante, a mi modo de ver, algunos de los planteamientos criticados en la obra no son en absoluto despreciables. No es lo que opina el autor, pero no me parece extremadamente difícil entender que el daño resarcible en varios de los supuestos tomados en consideración es la posibilidad en sí y no la pérdida de la ventaja esperada cuya conexión causal con el hecho ilícito no puede afirmarse. Así, en particular, los casos de exclusión del procedimiento de contratación pública de un licitador, pues en ellos puede captarse, quizá, que el objeto del resarcimiento es, no las ganancias que habría reportado una adjudicación que es sólo hipotética y eventual, sino la oportunidad de lucro irremediablemente frustrada.

En definitiva, el libro que comentamos es ante todo una obra de investigación, una obra teórica, que afronta cuestiones de la dogmática jurídica que afectan a una institución capital en la función de ordenación social que el Derecho cumple. Pero el operador jurídico que busque luz para los problemas que plantea la aplicación de las normas jurídicas también encontrará en ella todo un arsenal que podrá utilizar para resolver su caso concreto. Porque, en definitiva, los cultivadores del Derecho Administrativo no pueden hacer una labor investigadora desconectada de la realidad que nuestra disciplina ordena. No es obra filosófica, sino obra de Derecho Público, o más exactamente de Derecho, si del Derecho se tiene una visión amplia y no compartimentalizada por divisiones meramente académicas.

Por último no quiero dejar de hablar del autor. Luis Medina Alcoz estudió Derecho Administrativo en la Licenciatura de Derecho, conmigo, y siguió más tarde en el Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid en calidad de becario FPU del Ministerio de Educación y Ciencia y valioso colaborador de mi cátedra. Su magnífico expediente académico posibilitó que obtuviese una Beca del Real Colegio de España en Bolonia, una de las pocas instituciones universitarias que se rige exclusivamente por razones objetivas, el expediente académico, para seleccionar a los colegiales. Allí tuvo ocasión de seguir formándose en el estudio tanto de la doctrina clásica del Derecho Público, como de las más modernas tendencias. El Istituto Giuridico Cicu de la Universidad boloñesa es uno de los mejores de Europa y Luis Medina lo supo aprovechar. Después de seis fructíferos meses en la Universidad de Heidelberg, regresa a España y publica su tesis en un magnífico libro de esta misma editorial, del que el Maestro García de Enterría hace grandes elogios en su Prólogo; y un artículo que ha sido merecedor del Primer Premio de Derecho Administrativo del Centro de Estudios Financieros. Y sigue vinculado a la Universidad Complutense, primero, como becario de investigación del Instituto Universitario Ortega y Gasset, después, como contratado en el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho en el marco del Programa Juan de la Cierva, en el que están algunos de los mejores investigadores

españoles que han cumplido anterior presencia en Centros extranjeros. Me he limitado a narrar los hitos fundamentales de su currículo académico, que son, desde luego, impresionantes; pero no puedo dejar de referirme a la persona. Luis Medina Alcoz es un investigador serio, metódico y brillante del que yo, como iniciador de su andadura universitaria, estoy muy orgulloso, porque constituye todo un ejemplo para cualquier joven que quiera iniciarse en esta bonita y apasionante carrera, aunque, a veces, es también arbitraria y desagradecida. Confío en que los relevantes méritos del autor puedan sortear los obstáculos que, en ocasiones, se intentan poner a los que inician su compromiso vital con la investigación y la docencia universitaria, y resulte premiado con los anhelados puestos de profesor de la universidad española en sus máximas categorías.

Luis COSCULLUELA MONTANER

Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid

I. Planteamiento

En el ámbito de la responsabilidad civil, se dice que hay causalidad física cuando, representado idealmente el curso de los acontecimientos, como si no hubiera mediado el hecho ilícito, resulta, lógicamente, que el daño no se habría producido. Causa material es, pues, aquel factor o condición que puede considerarse indefectible porque, en su ausencia, la víctima habría dejado de padecer el menoscabo. Ésta es, en síntesis, la teoría la *condicio sine qua non*, de la equivalencia de las condiciones o de la condición, que, tradicionalmente, los especialistas de la responsabilidad han visto con recelo.

Desde hace tiempo, los trabajos dedicados al Derecho de daños vienen avisando de las devastadoras consecuencias que podría tener un sistema resarcitorio que se basara, sin matices, en la teoría de la equivalencia, pues podrían reputarse aptas para engendrar responsabilidad civil todas las *condiciones sine quibus non* que componen la infinita secuencia causal que en cada caso han conducido a la producción del resultado dañoso. Los académicos se hacen eco de que, en rigor, el Derecho modula el concepto de causa, introduciendo las valoraciones normativas que permiten jerarquizar las diferentes condiciones y, en particular, determinar si la concretamente enjuiciada tiene relevancia jurídica. Concluyen de este modo que la teoría de la condición sirve para averiguar si el hecho ilícito fue causa (causalidad natural), pero que, junto a ella, ha de aplicarse otra teoría causal que concrete si la *condicio* considerada es jurídicamente idónea para generar responsabilidad civil (causalidad jurídica). Esa teoría correctora o complementaria es, según algunos, la doctrina de la causa adecuada; y, para la mayor parte de los que se han ocupado de la cuestión en los últimos años, la teoría de la imputación objetiva. Estos planteamientos difieren entre sí, pero quienes los han formulado comparten un «espíritu de restricción», pues consideran que el problema del nexo causal consiste en identificar la(s) pauta(s) que limita(n) las inmensas potencialidades aplicativas de la teoría de la causalidad física. Puede decirse así que, desde hace tiempo, el debate causal es (casi) sólo el debate en torno a la causalidad jurídica y, consecuentemente, el debate en torno a los criterios selectivos que evitan el *regressus ad infinitum* a que impulsa la teoría de la equivalencia.

Planteada en estos términos la reflexión en torno al nexo causal, suele insistirse últimamente en la necesidad de separar el plano de los

hechos (causalidad física) del plano del Derecho (causalidad jurídica). Se dice que el primero, referido al dato fáctico de la causalidad, está libre de valoraciones específicamente jurídicas o normativas, pues lo que interesa de él es, sencillamente, que el hecho ilícito provocara materialmente el daño conforme a la teoría de la equivalencia. El segundo, en cambio, requiere de la aplicación de normas, pues, en él, se toma aquel dato para calificarlo jurídicamente como relevante, si del sistema de responsabilidad se desprende una regla o criterio favorable a ello; o irrelevante, si el Derecho no encuentra razón alguna para imputar el perjuicio al agente dañoso, por más que lo causara efectivamente. De este modo, se soslaya la reflexión jurídica en torno a la causalidad fáctica bajo el entendimiento de que pertenece al mundo del *ser* y de que, por tanto, su conocimiento sólo es posible a través de las Ciencias naturales. Se parte así de que la averiguación de si una conducta fue condición real y necesaria del menoscabo corresponde al científico natural y que, sólo si su criterio es positivo, debe pronunciarse el jurista, calificando la causa probada como relevante o intrascendente a los efectos de la responsabilidad civil.

Sin embargo, la causalidad física no es algo que le venga dado al juzgador. Lejos de ser una cuestión exclusivamente técnica que se resuelve sin más incorporando el criterio de los expertos, es una actividad *jurídica* de ponderación fáctica que, como tal, está sujeta a las reglas que obligan a asegurar, a partir de la información aportada al proceso—incluida, como es natural, la científica o pericial—, que se acepte la hipótesis más verosímil o probable. Valorar qué habría ocurrido, de no haber mediado el hecho ilícito, es, en realidad, un juicio *normativo* que mide el grado de correspondencia de la hipótesis de que el agente causó el daño con la realidad objetiva. El juicio casual es un examen sujeto a criterios de racionalidad destinado a determinar si hubo causalidad para afirmarla como cierta, si la probabilidad de que el hecho ilícito fuera *condicio sine qua non* es alta o suficiente; o para descartarla por incierta, si tal probabilidad es baja o insuficiente. La exigencia de un juicio o cálculo de probabilidad que calibre el grado de verosimilitud del hecho causal es, pues, una cuestión imbuida de normatividad que, no obstante, pertenece a la teoría de la causalidad física y a la teoría del conocimiento judicial de los hechos, que aportan las (variables) pautas con que apreciar el grado de (correspondencia con la) verdad del lazo etiológico. Es, pues, preciso relativizar la distinción entre *quæstio facti* y *quæstio iuris*, porque también las del primer tipo están sujetas a reglas y criterios normativos. Es necesario, por tanto, atribuir también dignidad jurídica a la teoría de la causalidad física, encaminada a averiguar si el agente causó materialmente el daño.

Consideraciones de este tipo suelen insinuarse en la literatura anglosajona, donde proliferan estudios relacionados con la teoría de la causalidad física (*causation-in-fact*), pero no en la doctrina española, donde ha

dominado la preocupación por encontrar, dentro de la teoría de la causalidad jurídica, las razones o criterios que justifican que quien propició materialmente un daño deje de responder por él. No obstante, durante los últimos años, ha crecido el interés por el hecho causal y su prueba. Se está superando la idea de que demostrar la causalidad es algo sencillo. Se está tomando conciencia de que el juzgador no accede directamente a los hechos; de que llega a ellos a través de una percepción que, inevitablemente contaminada por la subjetividad, la imperfección del conocimiento empírico, las limitaciones inherentes al proceso y las dificultades del asunto enjuiciado, sólo puede expresarse en términos de probabilidad. Se está abandonando, en definitiva, la clásica actitud académica acerca de los hechos, consistente en presumir que en el proceso es posible asegurar su verdad. Prueba de ello es el hueco que las denominadas técnicas de facilitación probatoria se han hecho ya en la jurisprudencia y en los estudios doctrinales.

Hay determinados sectores (actividades sanitarias, legales e industriales; procesos y procedimientos; concursos públicos y oposiciones; fabricación y distribución de productos) en los que suele resultar difícil o imposible demostrar la alta probabilidad de que, sin el hecho ilícito, la víctima habría dejado de sufrir el daño. Las técnicas de facilitación alivian esta tarea para asegurar protección resarcitoria a la víctima, pese a su incapacidad para demostrar que la conducta del agente se presenta como *condicio sine qua non* del daño producido. Se trata, en definitiva, de *nuevas teorías causales* que introducen criterios normativos, no ya con el fin de negar relevancia resarcitoria a causas físicas probadas, sino, a la inversa, para condenar al agente, pese a que su actuación no se presenta como condición necesaria del resultado dañoso. Puede apreciarse así cómo el debate causal está desplazándose de la teoría de la causalidad jurídica, donde se han estudiado las pautas de restricción, a la teoría de la causalidad física, pues en este ámbito quieren encontrarse criterios de facilitación que permitan afirmar responsabilidades sin la seguridad de que el hecho ilícito fue condición necesaria del menoscabo. Se percibe, en definitiva, un cambio de actitud ante el problema causal. Si antes dominaba el «espíritu de limitación», empieza a imponerse ahora un «espíritu de ampliación», con nuevos planteamientos cuya razón de ser es evitar que la víctima quede sin reparación por la dificultad que a veces entraña la prueba de la relación de causalidad.

Lo que no ha cambiado es la sensación de que la teoría de la condición no resuelve por sí los problemas causales que preocupan en el ámbito de la responsabilidad civil. Según hemos dicho, tal teoría se ha considerado problemática porque se temía que, a través de ella, acabarían multiplicándose exponencialmente las demandas indemnizatorias. En la actualidad, la teoría sigue captándose así, pero, en gran medida, porque se empieza a constatar que, sorprendentemente, puede conducir al resultado contrario: la sistemática exoneración de responsables motivada por

las dificultades probatorias. Antes se daba por sentado que la verdad en torno al hecho causal se obtiene fácilmente mediante la aplicación aséptica y mecánica de conocimientos pertenecientes a las Ciencias naturales; y el problema era limitar el alcance de la responsabilidad a que puede conducir la teoría de la equivalencia. Ahora se admite la dificultad de hallar esa verdad y el problema es extender el restringido alcance a que puede llevar aquella doctrina. Se empieza a captar que la teoría de la *condicio sine qua non*, lejos de incrementar exageradamente el círculo de responsables, puede suprimirlo totalmente. Por lo menos en algunos sectores, la exigencia de que el hecho ilícito sea condición necesaria del menoscabo, no es ya que favorezca una extensión desmesurada de la responsabilidad, es que constituye una barrera infranqueable, pues a menudo la víctima está materialmente incapacitada para demostrar que, sin aquél, habría dejado de padecer el menoscabo. Así pues, no puede siquiera entrarse a razonar en términos de adecuación causal o imputación objetiva porque el problema es averiguar si hay una causa material susceptible de ser seleccionada. La dificultad estriba en demostrar que el enfermo habría sanado, si el negligente médico le hubiera diagnosticado la enfermedad a tiempo; que el paciente habría rechazado la intervención quirúrgica, si el cirujano le hubiera informado adecuadamente del riesgo que acabó desencadenándose; que el infectado de hepatitis no habría sufrido el contagio, si el sanitario no le hubiera practicado la transfusión sanguínea; que el consumidor habría dejado de padecer la patología, si el fabricante no hubiera puesto en circulación el defectuoso producto; que el cliente habría ganado el recurso, si el abogado no hubiera dejado transcurrir el plazo para interponerlo; que el licitador habría obtenido el contrato, si la Administración hubiera admitido su oferta; que el funcionario habría promocionado, si la comisión calificadora hubiera valorado sus méritos correctamente, etc.

Así las cosas, hay en la actualidad un interés creciente por el hecho causal y las dificultades de su prueba que se ha traducido en la inversión radical del sentido de las nuevas teorías causales; y ello está transformando en alguna medida la concepción clásica de la causalidad que, ante la duda en torno a si el agente ocasionó la lesión, ha obligado tradicionalmente a declarar su inexistencia y la improcedencia de la reparación. Se trata de una transformación que se está manifestando en todo el Derecho de daños y que, por tanto, afecta por igual a la responsabilidad civil de los particulares y a la de la Administración.

Suele decirse que el sistema de responsabilidad patrimonial establecido en la Ley 30/1992 atribuye al elemento causal un valor o funcionalidad que no tiene en el régimen del Código Civil. Se entiende que la discriminación de los casos en que procede tutelar a la víctima de aquéllos en que lo correcto es liberar a la Administración se realiza, básicamente, a través de la exigencia de que entre el funcionamiento del servicio público y el daño padecido medie una conexión causal. La causalidad

es, según se dice, el elemento con el que se evita la dilatación exagerada de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, pues su regulación, a diferencia de la establecida para la de los particulares, prescinde por completo de la culpa y, en general, de cualquier otro criterio de imputación subjetiva. El problema de la causalidad se aborda así, nuevamente, con «espíritu de restricción», pues se temen los efectos de un sistema que se reputa extraordinariamente generoso, al prescindir de las razones o valores con que resolver cuándo procede trasladar el coste del daño del patrimonio del paciente-particular al del agente-Administración. Sin embargo, el espíritu que, en verdad, late en la jurisprudencia contencioso-administrativa no es distinto del que anima a los jueces de lo civil. También en ella se observa un interés creciente, no por la teoría de la causalidad jurídica y las pautas de restricción, sino por la teoría de la causalidad física y las pautas de facilitación que permiten compensar daños cuya ligazón causal con el hecho ilícito es dudosa.

Es cierto que esa jurisprudencia declara con frecuencia que la responsabilidad patrimonial de la Administración es estrictamente objetiva y que surge automáticamente en presencia de un hecho ilícito y un daño antijurídico, si entre ambos media un lazo causal. Pero el análisis de su argumentación revela que, en realidad, las condenas a la Administración descansan casi siempre en la prueba de la anormalidad del funcionamiento del servicio público o, lo que es lo mismo, en la culpa individual (del funcionario) o institucional (de la organización en su conjunto). Hay, además, casos en que una Administración inculpable contrae responsabilidad por el juego encubierto de otros títulos de imputación subjetiva: la realización de un riesgo inherente a una actividad de peligro específico; la imposición de un sacrificio especial en aras de un interés general; o el incumplimiento de un deber, como el de adoptar una resolución final ajustada a Derecho (ilegalidad), el de definir el expediente en el tiempo fijado (morosidad) y el de evitar conductas incoherentes que puedan defraudar la confianza objetivamente depositable en comportamientos precedentes (deslealtad). Así pues, aunque no lo diga expresamente, la jurisprudencia da cabida a un requisito del que, por otra parte, no ha prescindido ninguno de los regímenes (civiles y administrativos) establecidos en los países de nuestro entorno: la concurrencia de una circunstancia específica que sirva para individualizar el juicio de responsabilidad; una buena razón (título jurídico) que, sumada al elemento causal, explica y justifica el surgimiento del deber de reparar el daño causado. La exigencia de que la compensación corra a cargo de quien ha ocasionado (físicamente y, también, en sentido jurídico) el daño es fundamental, pero no opera como único filtro con que resolver si la Administración incurre en responsabilidad. Es un requisito elemental, pero, en el sistema de la LPC, como en cualquier otro de responsabilidad por daños, funciona al lado de otros fundamentales elementos. Por eso no puede extrañar que los jueces y tribunales de lo contencioso-

administrativo, en sintonía con los del orden civil, adopten pautas y técnicas de facilitación probatoria para asegurar una reparación a la víctima que no puede demostrar un nexo causal que es sólo posible o probable, pero no cierto e indubitado. De ahí que, en definitiva, muy frecuentemente las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo acuden a las técnicas que permiten dulcificar la exigencia de la prueba del nexo causal, sin que esto esté entrañando una amenaza real para las arcas públicas en la medida en que es igualmente normal que se desestimen las reclamaciones por ausencia de culpa u otra razón o criterio de imputación subjetiva.

II. El objeto y la estructura del estudio

La teoría de la pérdida de oportunidad, posibilidad o *chance* es una de las técnicas de facilitación que han empezado a aplicar el Consejo de Estado y los jueces y tribunales de los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso-administrativo a medida que el debate causal ha ido trasladándose de la teoría de la causalidad jurídica, inspirada por la voluntad de limitar los supuestos de atribución jurídica de responsabilidad, a la teoría de la causalidad física. Aparecida en algunas sentencias civiles de los años ochenta, ha cobrado importancia de manera progresiva hasta el momento actual, en que muchos órganos consultivos o jurisdiccionales, como la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, acuden insistentemente a ella en hipótesis de incertidumbre causal. Es un remedio con que auxiliar a la víctima que está materialmente incapacitada para demostrar la causalidad en hipótesis en que no puede descartarse con toda certeza que el agente no ocasionó el menoscabo. Se aplica a supuestos en que el perjudicado no consigue acreditar la alta probabilidad de que, en ausencia del hecho ilícito, habría obtenido un beneficio, pero sí la posibilidad seria y real de conseguirlo con que contaba. Según esta doctrina, hay que indemnizar parte del daño respecto de cuya conexión causal con el hecho ilícito se albergan dudas. El criterio de la mayor parte de los autores que se han ocupado de la cuestión (y de parte de nuestra jurisprudencia) es que el *quantum* resarcitorio se halla multiplicando el porcentaje de probabilidad de que el agente ocasionara el perjuicio por el valor total de la ventaja dejada de obtener. Se establece así una regla de responsabilidad parcial, fraccional, proporcional o probabilística en cuya virtud la indemnización se fija mediante la utilización de un coeficiente de reducción que depende de la probabilidad de que la víctima hubiera accedido a la utilidad apetecida.

La presente monografía se ocupa de la teoría de la pérdida de oportunidad con el objetivo de perfilar su fundamento, contenido y ámbito de aplicación dentro de nuestro Derecho de daños público y privado. Se intenta, además, ilustrar su historia, esto es, su proceso de formación y

expansión en el panorama internacional y dentro del sistema jurídico español. Se persigue también captar la dinámica de su funcionamiento a través de la exposición y revisión de casos resueltos o dictaminados en España y en otras jurisdicciones nacionales e internacionales. Se pretende, además, aportar algún elemento de reflexión en torno a las transformaciones que está sufriendo la teoría general de la causalidad, de las que la doctrina de la *chance*, con su creciente aceptación, constituye, quizá, su más evidente manifestación. Se intenta, en fin, aplicar los resultados obtenidos en torno a estas cuestiones a unos supuestos determinados: casos en que la Administración comete una infracción durante la tramitación de un procedimiento administrativo y resulta imposible asegurar que, sin esa infracción, el interesado habría obtenido una resolución favorable.

La investigación que ha dado lugar a la obra se contraía inicialmente al estudio de estas concretas hipótesis de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. En 2002, durante una estancia en la *Università degli Studi di Bologna*, comprobé que la cuestión era una de las más debatidas por la iuspublicística italiana: La mayor parte de los manuales de Derecho Administrativo hacen referencia al problema de la *chance provvedimento* y tanto los Tribunales Administrativos Regionales como las Secciones jurisdiccionales del *Consiglio di Stato* han acudido a esta figura para brindar tutela resarcitoria en supuestos en que puede reputarse simplemente sería la probabilidad de que la adecuada tramitación de un procedimiento (generalmente de contratación, pero también de promoción o acceso a la función pública) hubiera desembocado en un acto favorable. Después capté que Francia lleva décadas aplicando en estos casos y de similar modo la teoría; que el Derecho galo ha influido en la Directiva 92/13/CEE, del Consejo, de 25 de febrero (sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones), que obliga a reconocer una indemnización al licitador que padece la violación de las reglas del procedimiento de contratación, aunque alcance a demostrar que sólo tenía una «*possibilità real*» de resultar adjudicatario; y que la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, había transpuesto este criterio en nuestro sistema jurídico en términos aún más generosos. De este modo, la contemplación del Derecho Administrativo italiano y francés y de la legislación europea y española determinó que el propósito de la investigación fuera, en un primer momento, estudiar qué cabida tiene en la LPC una teoría, la de la oportunidad perdida, de la que hay sólo unos pocos rastros en nuestra literatura jurídico-administrativa. El objetivo era, en particular, ofrecer un análisis de la técnica de la *chance* en el contexto del procedimiento y, de este modo, completar el estudio de la responsabilidad patrimonial por acto administrativo que llevé a cabo en mi anterior monografía (*La responsabilità patrimonial per atto amministrativo*, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2005).

Sin embargo, el objeto del trabajo hubo de ampliarse necesariamente. La técnica de la *chance* no se usa únicamente en el ámbito de la responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Antes bien, su manejo es mucho más frecuente en supuestos de anormalidad en el funcionamiento de la Administración de Justicia y de negligencia de profesionales legales o sanitarios, como pone de manifiesto el nada desdeñable número de pronunciamientos (del TEDH, del Consejo de Estado, así como de nuestros Juzgados y Salas de lo Civil y de lo Contencioso-Administrativo) que reconocen el rango resarcible de la oportunidad de victoria en procesos judiciales o de la denominada *chance* de curación o supervivencia. Además, hay una gran variedad de aplicaciones jurisprudenciales y relevantes estudios doctrinales en países de Europa, América y Oceanía pertenecientes tanto a la cultura del *Droit Civil* como a la del *Common Law*. Por lo demás, el contenido de la doctrina de la oportunidad perdida se corresponde con una regla de indemnización parcial o proporcional que no es ajena en absoluto al sistema jurídico español que, en el marco de diversas teorías, la utiliza en supuestos problemáticos de causalidad. Me refiero, en particular, a la regla que establece la distribución de la indemnización en función de cuotas de probabilidad, impuesta por la teoría de la «causa anónima» o «culpa sospechada» para encarar hipótesis de causalidad alternativa o disyuntiva (cuando un daño ha sido ocasionado por el miembro no identificado de un grupo); y a la que prescribe un reparto en función de cuotas ideales de aportación causal para solucionar los supuestos de causalidad concurrente o cumulativa (cuando el perjuicio es fruto de la interacción de una pluralidad de factores). A su vez, un análisis de la teoría de la oportunidad perdida presupone otro de mayor amplitud en torno a la causalidad natural. La doctrina de la *chance* se aplica a supuestos en que las probabilidades de que el hecho ilícito fuera *condicio sine qua non* del daño padecido, sin ser despreciables, son insuficientes a los efectos de tener por cierto el dato causal. Por eso la necesidad de perfilar el ámbito de aplicación de esta doctrina acaba promoviendo una reflexión general en torno al hecho causal y su prueba; y esta reflexión remite, a su vez, a la teoría del conocimiento judicial, que, radicada en la lógica propia de cualquier investigación (policial, histórica o científica), se ocupa de las pautas y criterios con que apreciar el grado de verdad de los hechos (su correspondencia con lo efectivamente acaecido) para, de este modo, decidir si procede tenerlos por ciertos o rechazarlos por indemostrados. Resultaba, pues, evidente, que la búsqueda de soluciones al problema de la *chance* en el contexto del procedimiento administrativo debía apoyarse en un estudio más general que tuviera en cuenta las teorías afines; el juego de la figura en otros sectores y ordenamientos; la cuestión de la prueba del hecho causal; y el problema de la prueba de los hechos, en general. Por eso, el objetivo de la investigación no ha sido, al final, únicamente, aportar un estudio sobre las oportunidades de victoria en procedimientos administrativos.

Sentados el objeto y el porqué de la investigación, sus resultados se exponen en tres Partes. La primera define la pérdida de oportunidad como sintagma o expresión lingüística, como hipótesis o supuesto de hecho y como doctrina o remedio ante la incertidumbre causal (Cap. I). Analiza, además, el proceso de gestación y expansión de la figura, prestando atención a su aceptación en la legislación europea y en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Cap. II). Se ocupa también, especialmente, de la recepción española de la teoría a través de la precitada Ley 48/1998, la jurisprudencia (civil y contencioso-administrativa), la doctrina legal del Consejo de Estado y la literatura científica (Cap. III). Este primer bloque se remata con un estudio de la teoría general de la causalidad (Cap. IV). Allí se ubica la doctrina de la oportunidad perdida en el ámbito de teoría de la causalidad física y se categoriza como planteamiento funcionalmente opuesto a la teoría de la imputación objetiva, expresivo de la transformación que está sufriendo el dogma (aparentemente) indiscutido de que el obligado a indemnizar es necesariamente el causante de un daño. A su vez, se analizan con cierto detenimiento los estándares probabilísticos (*id quod plerumque accidit y more probable than not*), criterios de valoración (matemáticos, estadísticos y, sobre todo, lógico-inductivos) y reglas de cierre (principio *pro damnato* y carga de la prueba) establecidos para afirmar o negar la certeza del nexo causal, cuestión de la que depende la aplicación de la doctrina de la oportunidad perdida.

La Parte central de la obra examina las teorías circulantes en torno a la pérdida de *chance*. Se analiza el planteamiento que, partiendo de la concepción clásica de la causalidad, niega la corrección técnica de la doctrina (teoría del “todo o nada”: Cap. V). Se abordan también las teorías que, para justificarla, conceptúan la *chance* como un bien *a se stante* cuya pérdida produce un daño económico o personal de carácter emergente (teoría ontológica: Cap. VI) y las que, a los mismos efectos, prefieren rechazar total o parcialmente la teoría general de la causalidad dando entrada a un paradigma nuevo que admite la afirmación de causalidades simplemente posibles (teoría de la causalidad probabilística: Cap. VIII).

La Parte final proyecta las conclusiones obtenidas con anterioridad sobre los casos en que, siendo claro que la Administración cometió una infracción y que el administrado dejó de conseguir una resolución favorable, hay que averiguar si ambas circunstancias están enlazadas causalmente y determinar si procede aplicar la teoría de la oportunidad perdida. Se explica, en primer lugar, cómo el juicio causal se concreta, en estos casos, en una especie de simulación del procedimiento administrativo que borra la irregularidad producida y trata de reanudar la tramitación (en el pasado), imaginando cuál habría sido la resolución final y, en particular, las concretas posibilidades de que ésta fuera favorable al

interesado (Cap. VIII). Después, se detalla la manera en que el grado de discrecionalidad y las circunstancias que pueden propiciar su agotamiento (total o parcial) influyen en esa reconstrucción ideal del procedimiento, tratando de concretar, a través de algunos asuntos (resueltos por tribunales españoles e italianos o dictaminados por el Consejo de Estado) cuándo procede afirmar: Que no hay nexo causal entre la irregularidad administrativa y la ventaja dejada de obtener porque las posibilidades del interesado eran nulas o despreciables; que hay nexo causal entre esa actuación y la ventaja inobtenida porque las posibilidades eran muchas; o que había una probabilidad seria y real –pero insuficiente a los efectos de afirmar el nexo causal– que permite el reconocimiento de una indemnización parcial conforme a la doctrina de la pérdida de oportunidad (Cap. IX).

III. Precisiones metodológicas

La monografía somete a prueba las teorías vertidas en contra y a favor de la doctrina de la oportunidad perdida. Las conclusiones en torno a su mayor o menor consistencia se basan en la aplicación de diversos parámetros: 1) la capacidad de la teoría para hacer comprensibles las normas del Derecho procesal español (las reglas de la «sana crítica» y la regulación de la prueba) y de nuestro Derecho de daños, particularmente las cláusulas generales (del Código Civil y de la Ley 30/1992), las disposiciones que reconocen el derecho a indemnización en presencia de una simple posibilidad (de la legislación española y comunitaria; y de los Códigos europeos de contratos y responsabilidad civil – *soft law*–), así como los preceptos que consagran otras responsabilidades sin causa física probada (en supuestos de daño ocasionado por miembro indeterminado de grupo) y otras responsabilidades parciales o fraccionados (en supuestos de causalidad concurrente o cumulativa); 2) la firmeza formal de la teoría por cuanto no puede admitirse que, en términos lógicos, sea incoherente, contradictoria o absurda; 3) la correspondencia de la solución que la teoría proporciona con la preferida por la conciencia jurídica y social en cuanto expresión de una sensibilidad justicial que no puede ignorarse; y 4) la idoneidad de la teoría para suscitar la adopción de medidas adecuadas de prevención, según los resultados que arrojan los análisis económicos realizados por algunos autores norteamericanos.

En relación con este último punto, debo señalar que, a mi modo de ver, la eficiencia o la prevención no es el único ni el principal *desideratum* del instituto resarcitorio español, que incluye los subsistemas de responsabilidad civil contractual y extracontractual; de los particulares y de la Administración. Parto de que en nuestro país el juez que conoce un pleito de responsabilidad por daños no está llamado a adoptar la solución que, previsiblemente, pueda ayudar a evitar futuros accidentes y

controversias; sino la que requiere el asunto enjuiciado para, mediante la aplicación de normas, resolver lo que es justo en un conflicto específico entre sujetos concretos. Así pues, los argumentos provenientes del *Law and Economics* se manejan con cautela, sin que en ningún caso descansen exclusivamente en ellos las conclusiones en torno a la corrección técnica de las teorías examinadas.

IV. Aclaraciones

Creo que es importante aclarar que la monografía no es un alegato a favor de la doctrina de la oportunidad perdida. Antes bien, pone de manifiesto su radical incompatibilidad con la teoría general de la causalidad; y su desmesurada potencialidad aplicativa, pues, en principio, es virtualmente utilizable en casi todos los casos de incertidumbre (estricta, irreversible e intrínseca), cuando la víctima es incapaz de aportar los elementos con que despejar las dudas en torno a si la conducta enjuiciada fue la causa real del menoscabo. Es más, son muchas las páginas destinadas a rebatir los, a mi juicio, muy artificiosos planteamientos que, para disimular la afrenta que supone declarar responsabilidades sin una causa física probada, intentan persuadir de que el perjudicado ha perdido una entidad económica preexistente en su patrimonio jurídico o ha sufrido un atentado a un bien de su personalidad.

El problema es que no puede rechazarse fácilmente la teoría de la oportunidad perdida porque el reconocimiento de algunos supuestos de responsabilidad sin causa natural acreditada es concebido, por lo general, como justo. Los casos de pérdida de oportunidad son, pues, problemáticos o anómalos porque, al encararse, surge la discordancia entre la solución que aporta el modelo tradicional (no hay derecho a indemnización) y la que, según el sentir general, debería proporcionarse (hay derecho a indemnización). La única solución lógica y coherente con la teoría general de la causalidad es el rechazo de la doctrina de la *chance* y, consecuentemente, de toda protección resarcitoria, pero tal solución lastima la comprensión general de lo que es justo.

Esta investigación defiende que, para resolver el turbador enigma, pueden evitarse las ficciones que, en la actualidad, sostienen la mayor parte de los autores y juzgadores para encubrir que la teoría de la *chance* se enfrenta a la teoría general de la causalidad. Basta fijarse en las normas en que está consagrada y constatar que allí no se dice que procede indemnizar a la víctima que sólo acredita una causalidad simplemente posible porque sufre un daño moral o porque pierde una cosa integrada previamente en su patrimonio jurídico. Tales normas quieren, sencillamente, que en los supuestos de hecho tomados en consideración surja la responsabilidad, aunque no pueda reputarse alta la probabilidad de que, sin la acción ilícita (o con la conducta debida omitida), el daño dejara de producirse. De este modo, esas normas establecen un sistema

alternativo de imputación causal que deja de basarse en la idea de que la causalidad es o no es (todo o nada), según se supere o no un umbral de certeza radicado en la alta probabilidad. Se trata de un *régimen especial de imputación probabilística* que da entrada a la idea de una causalidad meramente posible y que permite la reparación parcial de un daño eventual sin negarle ficticiamente esta calidad. Planteada así la cuestión en el Derecho español, la dificultad no es en poner coto a una teoría cuyo ámbito operativo es potencialmente ilimitado. Es concretar hasta qué punto el recurso a la analogía permite aumentar el inicialmente estrecho campo aplicativo de la doctrina de la oportunidad perdida y la concepción causal probabilística que lleva incorporada. El problema consiste, pues, en determinar si (y hasta qué punto) cabe proyectar el principio de causalidad parcial que la Ley ha sancionado para un caso a supuestos imprevistos en que resulta igualmente imposible conseguir el grado de certeza que de ordinario es preciso para tener por cierto el hecho causal y ordenar la reparación total de perjuicio ocasionado.

La publicación no habría sido posible sin el apoyo institucional y financiero del Ministerio de Educación y Ciencia, del Instituto Universitario Ortega y Gasset y de la Universidad Complutense, materializado en dos becas postdoctorales y el contrato «Juan de la Cierva» que ahora disfruto. El libro se ha beneficiado de las sugerencias que los miembros del Departamento de Derecho Administrativo y otros profesores me brindaron durante el curso 2003/2004 con ocasión de dos intervenciones en el Seminario que dirige el profesor Eduardo García de Enterría y coordina el profesor Lorenzo Martín-Retortillo. También, de la colaboración de las numerosas personas que me han facilitado libros, artículos, sentencias y parte de su tiempo: Flavia Carbonell Bellolio, Marta Checa García, Fulvio Cortese, Fernando González Botija, Mariano Herrador Guardia, Raúl Letelier Wartenberg, los hermanos Maciá Lang (Eric y Fabricio), Celeste Mellone, Rodrigo Moreno Fuentes, Gabriella Racca, Ignacio Rodríguez Fernández y los compañeros (italianos y españoles) de mi andanza boloñesa.

Las páginas dedicadas al fenómeno de la «internacionalización» de los Derechos nacionales, del que la teoría de la oportunidad perdida constituye una muy clara expresión, son deudoras de varias conversaciones durante mi etapa orteguiana con el profesor Ignacio Borrajo Iniesta, quien, por otra parte, me ayudó a captar también la importancia que cobran los hechos en el Derecho; y del trabajo del Grupo Europeo de Derecho Público durante la Reunión de 2005 (Legrain, Grecia) a la que pude asistir gracias a la invitación del profesor Luis Ortega Álvarez. Fundamentales fueron los consejos recibidos de los directores de mis estancias en el extranjero, los profesores Luciano Vandelli y Eberhard Schmidt-Aßmann; y los de mi maestro, el profesor Luis Cosculluela Montaner, que ayuda sin decirlo y tolera mis despistes.

Don Luis ha contribuido decisivamente en esta empresa, al igual que otros de sus discípulos: Eloísa Carbonell Porras me ha proporcionado referencias claras de lo que es el trabajo universitario y, además, el subtítulo definitivo de la monografía; y la recién llegada María Hernando Rydings ha sufrido ya mis elucubraciones. Particularmente entusiasta ha sido la colaboración de Silvia Díez Sastre, que lee los textos en fáfara, corrige mis erratas de alemán y participa en esto, como en otras facetas de mi vida, iluminándome con su alegría. El libro es tributario, además, de las numerosas tertulias nocturnas que disfruto con mi padre, mi otro maestro; y de las charlas que, dentro de horario, mantengo con mi hermana María sobre la inquietante «culpa de la víctima». También, naturalmente, del apoyo de mi madre: su humor y su optimismo convierten la rutina en algo divertido. Gracias.

PARTE PRIMERA: EL PROBLEMA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

CAPÍTULO PRIMERO

**LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD: SINTAGMA, HIPÓTESIS Y
DOCTRINA**

I. El sintagma «pérdida de oportunidad»

1. LA UTILIZACIÓN DEL GALICISMO «CHANCE» EN LENGUA ESPAÑOLA

El sintagma «pérdida de oportunidad» (también «pérdida de una oportunidad», «pérdida de oportunidades», «oportunidad perdida») es la expresión española que se emplea usualmente en el ámbito de la responsabilidad civil para hacer referencia al daño que sufre quien ve comprometida una posibilidad real de obtener un beneficio o evitar un menoscabo. La jurisprudencia y la doctrina españolas lo han tomado del sistema jurídico francés (*perte de chance*, *perte d'une chance*, *perte de chances* o *chance perdue*), donde a finales del siglo XIX fue aislado como concepto dañoso(1).

Característica tendencial de nuestra lengua es traducir las palabras extranjeras que se importan o adaptarlas a su propia genética(2); y, en el caso que nos ocupa, ha primado el criterio de la traducción. Muestra de ello es la emblemática STS (Sala 1ª) de 10 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8371), que reconoció de forma expresa el rango resarcible de una «pérdida de oportunidad»: la posibilidad de enmendar un daño corporal previamente padecido por quien había sufrido la mutilación de una mano(3). Los autores, del Derecho tanto civil como administrativo, ha-

(1) F. CHABAS, *Cent ans de responsabilité civile*, Gaz. Palais, núms. 236-237, 23 ag. 2000, Doctr., ap. 84, p. 21; *La perdita di «chance» nel diritto francese della responsabilità civile*, Resp. civ. previd., 1996, pp. 227 y ss.

(2) Vide al respecto A. GRIGELMO, *Defensa apasionada del idioma español*, Taurus, Madrid, 1998.

(3) Por el defectuoso traslado de la mano amputada al hospital, la víctima perdió la oportunidad de que tuviera éxito la operación de reimplante a la que se le sometió. Esta sentencia se expone y analiza ampliamente en el Capítulo III (ap. II.2.3.1). En relación con ella, YZQUIERDO TOLSADA [*Indemnización por la pérdida de una expectativa. Comentario de la STS (Sala 1ª) de 10 de octubre de 1998, CCJC, 1999/2, marg. núm. 1354, p. 537*] ha dicho que hay que

agradecer al Alto Tribunal que haya evitado la utilización del «horrible galicismo» *chances*. Sin embargo, la expresión francesa «*perte d'une chance*» aparece en algunas sentencias de Audiencias. Así, la SAP Cádiz (Secc. 1ª) de 17 de septiembre de 2002 (AC 2002, 1929), se refiere a «*la pérdida de oportunidad*» o, como lo denomina la doctrina francesa, la «*perte d'une chance*». La SAP Madrid (Secc. 20ª) núm. 248/2004, de 29 de abril (JUR 2004, 228347) habla de «*la llamada doctrina de la “pérdida de oportunidad” o “perte d'une chance”*». El pronunciamiento acude al francés incluso para definir la figura: «*procede de la doctrina civilista francesa en la que ha sido definida como “la disparition de la probabilité d'un événement favorable lorsque cette chance apparaît suffisamment sérieuse”*, y tiene como presupuesto la existencia de

blan también de «pérdida de oportunidad» u «oportunidad perdida», aunque algunos utilizan el galicismo intransformado(4), fórmulas alternativas como «pérdida de posibilidad»(5), «coste de probabilidad»(6), «falta de oportunidad»(7), «pérdida de expectativas»(8) o la expresión (expletiva) «pérdida de la posibilidad de la *chance*»(9).

actuación negligente como elemento desencadenante del daño, y no pretende sustituir o suavizar dicha exigencia o su prueba». A su vez, la precitada SAP de Barcelona, de 14 de julio de 2005, se refiere a la «teoría de la pérdida de oportunidad, traída de la doctrina francesa que la denomina perte d'une chance».

(4) El maestro Federico DE CASTRO, al referirse a la problemática jurídica de la oportunidad perdida —siendo, probablemente, el primer jurista español que le prestó alguna atención— escribió «pérdida de la “chance”». El autor se refería a la situación en que quedan los padres por la muerte de un hijo, que pierden «la posibilidad de mutua petición de amparo» (*La indemnización por causa de muerte. Estudio en torno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ADC, 1956, pp. 494-496). Señala que «ordinariamente no ocurre tal necesidad después de comenzar la vida independiente del hijo» por lo que habrá «más que una probabilidad de daño», una «relativa posibilidad» y, aunque no parece que una indemnización «pueda asentarse sobre tan estrecha base», un elemento a considerar es la «pérdida de la “chance”» del auxilio; pérdida que no obstante, «parece que compensa», «la liberación de la posible obligación de auxilio» (p. 496). El civilista trae a colación la figura de la *chance* al referirse a una jurisprudencia francesa que la tiene en cuenta (nota 165, p. 496). Por eso, quizá, es fiel a la palabra original y renuncia a traducirla por «oportunidad», aunque utiliza las expresiones «relativa posibilidad» o «pérdida de una esperanza a un eventual, indeterminado y abstracto auxilio». Esta pérdida, dice el autor, no parece que «sea un evidente perjuicio», pues afirmarlo es «contrario a los principios de la indemnización por daños» (p. 495).

(5) El español L. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, al traducir en su exilio argentino el *Tratado* de los hermanos H. y L. MAZEAUD (con la colaboración de A. TUNC *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, t. I [vols. 1º y 2º], t. II [vols. 1º y 2º], t. III [vols. 1º y 2º], trad. 5ª edic., Ejea, Buenos Aires, 1962-1963), se refirió al concepto y usó, al efecto, la palabra posibilidad, hablando así de pérdida de

posibilidad. En sus escasas referencias a esta figura dañosa, M. Cerdá OLMEDO (*Responsabilidad civil por daños futuros*, ADC, 1985/3, jul.-sept.) habla de pérdida de posibilidad (p. 625) y de pérdida de oportunidad (p. 628), aunque prefiere la primera denominación.

(6) C. I. LÓPEZ-COBO ZURITA, *Seguro de Responsabilidad Civil [Primera parte]: entorno, riesgos emergentes y últimas tendencias*, R. Resp. civ. Circ. Seg., 2003/11, pp. 16-17. No debe confundirse el concepto jurídico «pérdida de oportunidad» con la noción perteneciente a la Ciencia económica de «coste de oportunidad». Sobre esta diferenciación, véase, en este Capítulo, ap. III.2.1.1.

(7) La SAP Barcelona núm. 442/2005 (Secc. 1ª), de 14 de julio (AC 2006, 1333), utiliza la insólita expresión «teoría de la falta de oportunidad».

(8) R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 127-129; M. C. CRESPO MORA, *La responsabilidad del abogado en el Derecho civil*, pról. J. M. Miquel González, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2005. Esta investigación prescinde de la expresión «pérdida de expectativas». El término «expectativa» puede dar lugar a no pocos equívocos. En el ámbito del Derecho de daños se dice a veces que la expectativa es irresarcible cuando lo que en realidad se quiere decir es: a) que no hay responsabilidad porque falta la prueba del nexo causal en la medida en que es nula o escasa la probabilidad de que, de no mediar el hecho ilícito, el daño dejara de producirse; b) que no hay responsabilidad porque, aunque hay prueba del nexo causal (de la alta probabilidad de que el daño habría dejado de padecerse), el perjuicio ocasionado no es relevante (injustificado o antijurídico) porque la víctima tiene el deber jurídico de soportarlo (daños sacrificiales o expropriatorios impuestos como carga general, no como sacrificio especial susceptible de compensación); c) que no hay responsabilidad porque en el caso no cabe aplicar el principio de buena fe o protección de la confianza legítima. Además, hay veces en que, con base en la idea de la

En el lenguaje de los hispanoamericanos la palabra francesa ha sido acogida sin modificación, pero españolizada en su expresión fonética [chánze o chánse](10). Se utiliza como concepto dañoso en Argentina, país en el que, según resalta MOSSET ITURRASPE, hay una plena armonía entre la doctrina y la jurisprudencia en cuanto al reconocimiento de la resarcibilidad de las *chances*(11); Uruguay, aunque PEIRANO FACIO lo hace muchas veces entre paréntesis, pues su preferencia es hablar de pérdida de una oportunidad(12); y Perú, donde DE TRAZEGNIES GRANDA escribe con toda normalidad sobre *chances* frustradas(13).

El galicismo se usa también en los Derechos portugués y brasileño (*perda de uma chance*), aunque a veces se refieren a la privación de una

«irresarcibilidad de la expectativa», se aplican parámetros normativos pertenecientes, no a la tutela resarcitoria, sino a la tutela reintegradora o restitutoria de posiciones jurídicas subjetivas. Estas sumarisimas explicaciones se ilustran con mayor detenimiento en Cap. VIII, aps. II.2.2 y III; Cap. IX, aps. II.3.1 (*in fine*), II.3.2.1, II.5.3 y II.5.4.

(9) J. PLAZA PENADÉS, *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 86.

(10) Así lo pone de manifiesto M. SECO REYMUNDO en su *Diccionario de dudas y dificultades de la lengua española*, Espasa Calpe, Madrid, 1989, p. 94, donde dice que su uso no está justificado en español, aconsejando la utilización de sus equivalentes *oportunidad* o *suerte*. El reciente *Diccionario panhispánico de dudas*, elaborado por la Real Academia Española de la Lengua y la Asociación de Academias de la Lengua Española con la colaboración del Instituto Cervantes (Santillana, Móstoles, 2005, p. 131), se hace eco de que el uso de la palabra *chance* es esporádico en España, pero muy extendido en América, donde se utiliza en ambos géneros (la *chance*, el *chance*) y se emplea a veces para designar un tipo de lotería (Colombia). Dice que es un extranjerismo admisible –por su amplia extensión en América– que debe pronunciarse a la española, aunque recomienda usar con preferencia las voces *oportunidad*, *ocasión* o *posibilidad* por ser perfectamente equivalentes.

(11) J. J. MOSSET ITURRASPE, *Frustración de una «chance» por error en el diagnóstico*, coment. S. Cámara Nac. Apelacs. Civil Buenos Aires, 21 dic. 1981, *in re* Almonacid vs Debora Centro Médico, en *Estudios sobre responsabilidad por daños*, t. IV, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1982, nota 9 p. 72. En este orden de ideas, la profesora de la Universi-

dad de Buenos Aires, Silvia Y. TANZI (*La reparabilidad de la pérdida de la «chance»*, en AAVV, *La responsabilidad. Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg*, dirs. A. A. Alterini y R. M. López Cabana, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 329), dice que «[c]hance es un término cuyo uso ha sido aceptado en nuestro idioma». En este país, se refieren también a la pérdida de *chance* o *chances*, por ejemplo, C. A. GHERSI, *Teoría General de la reparación de daños*, Astrea, Buenos Aires, 1997, pp. 400-402; R. D. PIZARRO, *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho*, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, pp. 106-112; E. A. ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil*, 2ª ed. act. ampl., Astrea, Buenos Aires, 1993, pp. 73-86; M. M. ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, t. 2a, *Daños a las personas. Integridad psicofísica*, 2ª ed., Hammurabi-Depalma, Buenos Aires, 1990, pp. 304-305, 439-458, y *Persona, casos y cosas en el Derecho de daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, pp. 33 y ss. También en el contexto de la responsabilidad civil profesional de los abogados, J. BUSTAMANTE ALSINA, *La responsabilidad de los abogados*, en AAVV, *Derecho de daños*, Libro homenaje al prof. Mosset Iturraspe, t. I, La Rocca, Buenos Aires, dir. Trigo Represas y Stiglitz, 1991, pp. 488-493; y A. R. SOBRINO, *La responsabilidad profesional de los abogados*, en AAVV, *Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación*, vol. 1, coord. C. A. GHERSI, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 372-375.

(12) J. PEIRANO FACIO, *Responsabilidad extracontractual*, Temis, Bogotá, 3ª ed. 1984, pp. 364-365.

(13) F. DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual* (arts. 1969-1988), 3ª ed., t. 2, Pontif. Univ. Cat. Perú, Lima, 1988, pp. 47-48.

probabilidad o posibilidad (*perda de uma probabilidade ou possibilidade*)(14). En Italia, tanto los autores como la jurisprudencia suelen renunciar a traducir la expresión, prefiriendo utilizar directamente el galicismo intransformado (*perdita di «chance»* o *perdita di «chances»*, en plural), aunque pronunciándolo a la francesa [chans]. Pero, a veces, hablan de *opportunità* (*perdita di opportunità*)(15), *occasione* (*perdita di occasione*)(16), *possibilità* (*perdita di possibilità*)(17) o *aspettativa* (*perdita di aspettativa*)(18). La generalizada aceptación de la expresión extranjera se debe a su fuerza identificativa y a la tendencia importadora propia del lenguaje italiano(19). La Corte de Apelación de Roma (Secc. III) se ha referido a estos aspectos al reconocer el rango resarcible de la pérdida de la *chance* de cerrar unas negociaciones contractuales(20). Según dijo, la locución «*perdita di chance*» se ha impuesto en Italia en la jurisprudencia y en la literatura especializada por haber sido estudiada y teorizada en el sistema jurídico francés. El Tribunal recalca, además, la «incisividad» de la expresión y su «capacidad representativa del fenómeno mismo», circunstancias que justifican su utilización(21).

(14) Son las expresiones que emplea el *Supremo Tribunal Administrativo* de Portugal, Secc. 1ª (Contencioso-Administrativo) en el *acórdão* de 3 de diciembre de 2003 (Diário da República, vol. III, 30 jun. 2004, pp. 9062-9067) que reconoce el derecho a indemnización por pérdida de oportunidad a unas entidades bancarias que fueron ilícitamente excluidas de un concurso público. En cuanto a Brasil, hay un libro recientemente publicado sobre el tema –al que, desgraciadamente, no he tenido acceso– que, según he podido averiguar, estudia el Derecho italiano y defiende que la pérdida de *chance* es un daño moral: Sérgio SAVI, *Responsabilidade civil por perda de uma chance*, Altas, São Paulo, 2006.

(15) Sentencia del Tribunal de Roma de 28 de octubre de 1999, *Danno resp.*, 2000, núm. 2836, *Resp. civ. prev.*, 2002/2, p. 1374. De ahí el título de un artículo de A. L. BITETTO, «*Chance» perduta come fonte di danno per mancato rispetto delle regole. Ma quanto vale un'occasione?*», nota S. Tr. Cas., Civil (Secc. 2ª), 13 dic. 2001, núm. 15759, *Danno resp.*, 2002/4, pp. 395-399. También, *ex multis*, G. BACOSI, *Dall'interesse legittimo al diritto condizionato*, present. G. Abbamonte, Giappichelli, Torino, 2003, p. 124; E. M. BARBIERI, *Riflessioni sul risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, Riv. Dir. pubbl. comunit., 1992/3, p. 740; A. G. DIANA, *La res-*

ponsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione, Cedam, Padova, 2000, p. 233; L. GAUDINO, *Gli interessi protetti nell'articolo 2043 codice civile*, en AAVV, *La responsabilità extracontrattuale. Le nuove figure di risarcimento del danno nella giurisprudenza*, dir. P. Cendon, Giuffrè, Milano, 1994, p. 291.

(17) Así, por ejemplo, A. M. PRINCIGALLI, *Perdita di «chances» e danno risarcibile*, comment. S. Tr. francés Cas., 17 nov. 1982, Riv. crit. Dir. priv., 1985/2, p. 321.

(18) Así, *ex multis*, A. DE ROSA, *Il danno da perdita di «chance»*, www.studiogiuridico.it, cons. 8 en. 2004, 8 pp.

(19) Particularmente llamativa es la frecuencia con que los italianos acuden al uso de galicismos y anglicismos. Con ocasión de la recensión de una obra del maestro L. VANDELLI (*Devolution e altre storie. Paradossi, ambiguità e rischi di un progetto politico*, Mulino, Bologna, 2002), el profesor BELTRÁN DE FELIPE (RAP, núm. 160, 2003/1, p. 469) ha resaltado que en el propio título se utiliza la palabra *devolution* para aludir a lo que constituye una atribución de competencias por parte de las Regiones, que no se corresponde con una estricta *devoluzione* de competencias; y se hace eco de que los italianos usan *privacy* por intimidad, *authority* por autoridad, *welfare* por bienestar, *antitrust* por defensa de la competencia, *computer* por ordenador, *target* por objetivo y llaman *stopper* al defensa central de un equipo de fútbol (aunque, en lugar de fútbol, ellos dicen *calcio*); lista ejemplificativa que puede ampliarse casi *ad infinitum*.

(20) Se trata de la sentencia de 17 de febrero de 1988.

(21) Literalmente: «*perdita di «chance»*, secondo il termine di lingua francese che, per es-

En los países anglosajones la palabra francesa se importó con toda naturalidad, hasta el punto que CABANELLAS TORRES, al reseñarla en su *Diccionario Enciclopédico de Derecho usual*(22), dice que es voz «francobritánica» que significa albur o azar. Por eso se maneja en los Derechos de daños de Estados Unidos(23), Canadá(24), Australia(25) y Reino Unido(26) para hacer referencia a la situación en que se encuentra la víctima, cuando pierde la posibilidad de obtener una ventaja o de evitar un daño (*loss of chance; chance lost; loss of opportunities*)(27). En Alemania, Austria y Suiza, donde la jurisprudencia niega todavía la sustantividad de la figura, los autores que se refieren a ella hablan de pérdida de *chance* (*verlorene Chancen*, en plural)(28). Por su parte, los juristas flamencos(29) y holandeses(30) prefieren referirse al concepto en su propia lengua, como «daño de posibilidad» (*kansschade*) o «pérdida de posibilidad» (*verlies van een kans*).

La carga identificativa que de inmediato encierra el significativo extranjero y razones de estilo determinan que, por nuestra parte, utilicemos el galicismo *chance*, además de los afines castellanos oportunidad, ocasión y posibilidad(31). Téngase en cuenta también que aparece reco-

sere stato studiato e teorizzato il fenomeno nell'ambito di quel sistema giuridico, si è imposto nella lettura e nelle decisioni giudiziarie anche per la sua incisività e capacità rappresentativa del fenomeno stesso».

(22) 12ª ed. revis. ampl. act. L. ALCALAZAMORA CASTILLO, Heliasta, Buenos Aires, 1979, t. 2, p. 459.

(23) J. H. KING, «Reduction of likelihood» reformulation and other retrofitting of the loss-of-a-chance doctrine, Univ. Memphis L. Rev., núm. 28, 1998, pp. 491-559.

(24) V. BLACK/D. KLIMCHUK, *Lost cause in the Ontario Court Appeal. A comment on Walker Estate v. York Finch General Hospital*, Health L. Rev., vol. 8, núm. 3, 2000, pp. 24-29. El artículo está publicado en Internet: www.law.ualberta.ca/centres/hli/pdfs/hlr/v8_3/blackfrm.pdf.

(25) D. HAMER, *Chance would be a fine thing: proof of causation and «quantum» in an unpredictable world*, Melbourne Univ. L. Rev., núm. 33, 1999, pp. 557-633.

(26) A. S. LLEWELLYN, *Damages. Loss of a chance future earnings*, Journal Personal Injury L., 2002/1, pp. 49-53.

(27) La SAP Málaga, Melilla, núm. 107/2000 (Secc. 7ª), de 27 de octubre (JUR 2001, 86648) se hace eco de la denominación que recibe la figura en los Derechos británico y francés: «Mas ha de tenerse presente que por elemental equidad [debe] evitarse todo posicionamiento drástico (...) para que, eludiendo (...) toda abominable denegación de justicia se dé cobertura a oportunidades reales, “perte d’une chance” para la jurisprudencia francesa, y “loss of real opportunities”, para la

británica, que, evaluables, puedan ser individualizadas, residenciables en el patrimonio del reclamante y se sorteen así los riesgos socialmente indeseables de cargas no resarcibles en el tráfico jurídico según nuestro modelo económico o estructura de mercado».

(28) Para el Derecho alemán, vide H. FLEISCHER, *Schadenersatz für verlorene Chancen in Vertrags und Deliktsrecht*, JZ, núm. 54, 1999, pp. 766 ss. Para el ordenamiento austriaco, B. C. STEININGER, *Austria, informe nacional*, en AAVV, *European Tort Law*, dirs. H. Koziol y B. C. Steininger, Springer, Wien, 2002, p. 84. Para la doctrina suiza, en alemán, C. MÜLLER, *Schadenersatz für verlorene Chancen. Ei des Kolumbus oder Trojanisches Pferd?*, AJP, 2002, pp. 389-406. Del mismo autor, en francés, *La perte d’une chance*, Stämpfli Verlag, Bern, 2002.

(29) T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Tesis doctoral, Antwerpen, 1992, citada por C. MÜLLER, *La perte...*, cit., p. 147.

(30) Así, A. J. AKKERMANS, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, Tesis doctoral, Deventer, 1997, citada por C. MÜLLER, *La perte...*, cit., p. 157.

(31) En este orden de ideas, el suizo Jonathan SELVADORAY (*Pérdida de oportunidad y derechos humanos*, en AAVV, *Liber amicorum. Héctor Fix-Zamudio*, CIDH, San José [Costa Rica], 1998, vol. 2, p. 1401) considera que la expresión francesa *chance* refleja de forma más precisa el sentido del concepto porque encierra la idea de «suerte» a diferencia del término castellano «oportunidad».

gido en la 22ª edición del *Diccionario* de la Real Academia Española, donde se afirma su procedencia francesa y se define como «oportunidad o posibilidad de conseguir algo» (32).

2. LA ETIMOLOGÍA Y EL SIGNIFICADO DE LA PALABRA «CHANCE»

2.1. La «*chance*» y el *azar*

La palabra *chance* proviene del francés *choir* [caer por su propio peso] y ésta, a su vez, de los términos latinos *cadere* [caer] y *cadentia* [caída]. Refiere inicialmente a la caída de los dados, al número de puntos que marcan tras su caída (*chéant*) al quedar sobre el tablero (33). Ligada la palabra *chance* al juego de los dados, sucede igual con la palabra española *azar* [casualidad, caso fortuito (suerte); desgracia imprevista (mala suerte)] que proviene del árabe *zahr* (dado, del juego de los dados) y que se corresponde con el portugués *azar* y con el catalán *atzar*. El término salió de la Península Ibérica, dando lugar al francés *hasard*, a los italianos *azzardo* y *zara* (antiguo) y al inglés *hazard* (34).

Según el Diccionario de lengua francesa *Le Nouveau Petit Robert* (35), el término francés designaba en la Edad Media la cara favorable del dado, con la que se gana (los seis puntos; buena suerte). Pero, según COROMINAS VIGNEAUX (36), el *azar* era inicialmente la cara desfavorable del dado (la que ofrece el punto con que se pierde; mala suerte); y recoge la frase del francés antiguo *ne valoir un hasard*, que significa no valer nada. Por lo demás, el vocablo italiano *zara* se refería también al lado desfavorable definible como «*ciascuno dei punti più bassi e perdenti in tale gioco*» (37). De cualquier forma, el *azar*, la ventura, puede ser favorable o desfavorable y tal es el sentido comprensivo de la palabra italiana *zara* cuando hace referencia al juego de dados (38).

La palabra francesa *chance*, en singular, significa posibilidad o probabilidad, la manera favorable o desfavorable en que se desarrolla un deter-

(32) Esto significa que, en rigor, no tendría que escribirse con letras cursivas.

(33) A. BÉNABENT *La chance et le droit*, LGDJ, Paris, 1973, p. 5. El Consejo de Estado italiano (Secc. VI) se ha referido a la etimología del término en una importante sentencia de 31 de marzo de 2006: «el ámbito semántico-jurídico del término *chance* (...) constituye la clave de la hipótesis resarcitoria examinada. La palabra *chance* deriva etimológicamente de la expresión latina *cadentia*, que indica el caer de los dados, y significa "buena probabilidad de éxito". Se trata, por tanto, de una situación teleológicamente orientada hacia la consecución de una utilidad o ventaja y caracterizada por una posibilidad de éxito presumiblemente no privada de consistencia».

(34) La palabra española *azahar* pro-

viene también del árabe *zhar* (de la raíz z-h-r, lucir, ser hermoso, florecer, flor, flor de azahar). Se cree que los dibujos de flores de azahar que aparecían pintados en una de las caras del dado dieron lugar a que *zhar* se utilizará en árabe en un segundo significado, como juegos de dados (J. COROMINAS VIGNEAUX, *Diccionario crítico etimológico de la lengua castellana*, vol. I, 3ª reimpr., Gredos, Madrid, 1976, p. 346). Consecuentemente, es probable que la palabra árabe para «flor» (*zhar*) diera lugar al término árabe para «juego de dados» (*zahr*) y éste, a su vez, al vocablo español «azar».

(35) Paris, 1993, p. 1074.

(36) *Ibidem*, p. 347.

(37) *Grandi Dizionari Garzanti. Italiano*, 2003, Milano, voz *zara*, p. 2524.

(38) *Idem*.

minado acontecimiento, pero en una segunda acepción, significa suerte, fortuna; ocasión, oportunidad, posibilidad o probabilidad favorable. El lenguaje jurídico ha tomado este segundo sentido, concretamente en el ámbito del Derecho de la responsabilidad civil, para hacer referencia a un discutible –pero ampliamente admitido– concepto dañoso consistente en la pérdida de una ocasión favorable, de una posible ventaja o beneficio, de un concreto resultado apetecido y esperado. Pérdida de *chance* es, pues, la pérdida de la oportunidad de obtener algún tipo de provecho o utilidad.

Algunos juristas se valen de la palabra en su primera acepción, como posibilidad o probabilidad para distinguir las «buenas oportunidades» (*bonnes chances*) de las «malas oportunidades» (*mauvaises chances*)⁽³⁹⁾. Las primeras se corresponden con las probabilidades con que se contaba para la obtención de la ventaja y las segundas con las posibilidades contrarias, esto es, las que conducían a la no consecución de la utilidad. A través de este recurso lingüístico, estos autores defienden que el valor del daño por la oportunidad (*chance*) perdida se mide mediante el reparto o la distribución probabilística entre las oportunidades «buenas» (suerte) y las «malvas» (desgracia)⁽⁴⁰⁾. Pero cabe hablar de *mauvaise chance*, en oposición a la *bonne chance*, en otro sentido, no como margen probabilístico negativo que hay que tener en cuenta para valorar la consistencia de la oportunidad de obtener un resultado favorable, sino como riesgo de desgracia o siniestro. Ligado al concepto de *oportunidad* está, pues, el término *riesgo*.

2.2. La «chance» y el riesgo

La suerte discurre por derroteros de signo opuesto, pues cabe la «buena» suerte y cabe la «mala» suerte. La suerte a que inicialmente se refiere la *chance* es la primera, es decir, un evento afortunado y no desafortunado. Por eso la pérdida de una *chance* es la pérdida de la posibilidad de obtener un apetecido resultado afortunado o favorable. La suerte mala, la posibilidad de tenerla, se define con la palabra riesgo, que es la posibilidad azarosa de sufrir un siniestro, es decir, de obtener un resultado desafortunado o desfavorable. De ahí que pueda hablarse de oportunidades «malvas» (*mauvaises chances*) para hacer referencia

(39) Así, J. BORÉ, *L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréhension quantitative de la causalité d'un fait dommageable*, Juris-Classeur pér., Semaine jur., 1974, Doctr., aps. 22, 40; y, siguiendo a éste, C. MÜLLER, *La perte...*, cit., pp. 27, 48.

(40) En este orden de ideas, se ha dicho que la elección entre los términos *chance* y *chances* es una cuestión no sólo terminológica. Por lo general, los estudiosos de la responsabilidad utilizan prevalentemente

el singular, pero a veces prefieren el plural, pues la palabra *chances* parece expresar con mayor eficacia la relevancia que las probabilidades cobran en la fase de valoración y liquidación del daño (M. FEOLA, *Il danno da perdita delle chances di sopravvivenza o di guarigione c accolto in cassazione*, nota S. Tr. Cas., Civil [Secc. 3ª], 4400/2004, de 4 de marzo de Danno resp., 1/2005, p. 54).

[no ya a los elementos aleatorios que impiden ligar un hecho ilícito con la producción de un evento afortunado (favorable), sino también] a las probabilidades de sufrir un evento desgraciado (desfavorable).

Es incierta la etimología de la palabra «riesgo» (*risque*, en francés; *rischio* y *risico*, en italiano; *Risiko*, en alemán, danés y noruego; *risico*, en holandés; *ryzyko*, en polaco; *risk*, en inglés; *risc*, en catalán y rumano; *risco*, en gallego y portugués; *arrisku*, en vascuence). Podría proceder del griego clásico ΚΕΒΖΙΚΟΝ (escollo), aunque, en la actualidad, los griegos utilizan el término ΚΕΒΔΥΝΟΣ; pero podría proceder del latín *rescare* (cortar; de donde dividir; sembrar discordia; transitar por lugar quebrado o recortado) o, como consta en la 22ª edición del *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*, del árabe *rizq* (lo que depara la providencia) (41).

El enfermo que fallece a causa de un cáncer que, de haber sido correctamente diagnosticado, pudo sujetarse a tratamiento y, quizá, así, curarse o, por lo menos, ganar en calidad de vida y retrasar las fatales consecuencias de la patología, pierde una oportunidad de curación (*chance* «buena», favorable; fortuna). En cambio, el paciente que no fallece, manteniendo incólumes sus condiciones de salud, pero que, como consecuencia de la negligencia profesional (p. ej., exposición prolongada a radiación), ve multiplicadas las posibilidades de enfermar en el futuro, se expone a un riesgo (*chance* «mala», desfavorable; desgracia). En el primer caso se está ante la *pérdida* de una posibilidad favorable o *resultado favorable frustrado*; en el segundo se está, en cambio, ante la *exposición* a un riesgo o *resultado desfavorable realizable*. En el primero, el daño (la muerte por cáncer o la degradación del bienestar) se ha verificado y se habla de *chance* (posibilidad favorable; fortuna) porque no es seguro que, de no haber mediado el hecho ilícito (el diagnóstico erróneo), habría podido evitarse. En el segundo, el daño no se ha producido y se habla de *riesgo* (posibilidad desfavorable; desgracia) porque no es seguro que vaya a producirse. En ambos casos hay un margen de incertidumbre que impide ligar causalmente la culpa médica con el daño (pasado, en un caso; futuro, en otro), pero que permite afirmar la existencia de ciertas posibilidades de evitarlo. Hay un evidente paralelismo entre las hipótesis de pérdida de una *chance* y las hipótesis de exposición a un riesgo, que, en principio, permite distinguir, en función del tipo de daño al que se refiere la oportunidad perdida (pasado o futuro), entre oportunidades pasadas y oportunidades futuras (42).

(41) Sobre la etimología de la palabra riesgo, su incierta etimología y su juego en el Derecho de la responsabilidad civil, M. MEDINA ALCOZ, *La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 23 ss.

(42) Esta distinción se perfila después, en los apartados II.3.4 y III.2.1.2. En este

último se detallan una serie de teorías cuyas denominaciones contienen la palabra *riesgo*. Se trata de expedientes o doctrinas que, pertenecientes al Derecho de daños, tienen significaciones muy dispares. Es, pues, preciso aclarar el diferente sentido que el término riesgo asume en cada uno de ellos.

II. Las hipótesis de pérdida de oportunidad

1. PLANTEAMIENTO

Las hipótesis en que suele estimarse que la víctima ha perdido una oportunidad o *chance* admiten muchos criterios de delimitación(43). Uno es el sector o contexto en el que pueden producirse. Otro es la naturaleza de la ventaja final (*ultimate outcome, enjeu total, posta finale*) cuya posibilidad de consecución ha resultado sacrificada o, lo que es lo mismo, la índole del daño final (*ultimate injury, dommage final, danno finale*) respecto de cuyo enlace causal se albergan dudas(44). Con arreglo a estos criterios pueden realizarse varias tipologías cuyo interés es estrictamente expositivo sin que, en principio, de ellas pueda extraerse otra utilidad que la de familiarizar al lector con los supuestos que podrían admitir la calificación jurídica de «oportunidad frustrada» antes de abordar las cuestiones cruciales del ámbito de aplicación, contenido y fundamento de la doctrina que postula su resarcimiento. No se está, pues, ante clasificaciones con relevancia jurídica porque corresponda a cada tipo un tratamiento legal diferenciado; sino, sencillamente, ante agrupaciones convencionales de casos que sirven para acotar parcelas de la realidad y establecer mientras tanto el vocabulario que se maneja para agilizar el análisis jurídico(45).

(43) Señala C. MÜLLER (*La perte...*, cit., pp. 55, 98) que, para comprender la teoría general sobre la pérdida de oportunidades es imprescindible analizar cuidadosamente los diferentes casos de aplicación efectuada por la jurisprudencia. Es la idea que expresa el administrativista francés F. SALLET (*La perte de chance dans la jurisprudence administrative relative à la responsabilité de la puissance publique*, LGDJ, Paris, 1994, p. 1) cuando señala que cualquier intento de definición de la pérdida de oportunidad presupone la enumeración de los casos en que se emplea.

(44) La ventaja apetecida e inobtenida suele catalogarse como «final» para diferenciarla de la posibilidad misma de que disponía la víctima en cuanto a su consecución. A su vez, la pérdida de esa ventaja puede denominarse «daño final» para distinguirla del perjuicio en que consiste la pérdida en sí de la *chance*. Esta opción lingüística puede presuponer una concreta visión de las hipótesis de pérdida de oportunidad: la que proporciona la teoría ontológica, que considera que la oportunidad es un bien preexistente en el patrimonio jurídico de la víctima, distinto de la ventaja deseada; o, lo que es lo mismo, que entiende que la pérdida de una *chance*

constituye un daño al patrimonio actual del perjudicado que no se identifica con la pérdida de la utilidad pretendida. Su manejo en esta investigación pretende facilitar la exposición sin presuponer la afiliación a la teoría ontológica, explicada y rechazada en el Capítulo VI.

(45) No parece que en España pueda dotarse de alguna significación jurídica a estas clasificaciones de *chances*, ni siquiera a la realizada por BACOSI (*Dall'interesse...*, cit., pp. 124-125), que atiende al subsistema de responsabilidad civil a cuyo abrigo se plantea la procedencia de la reparación. A los efectos del resarcimiento, no parece que haya en el Derecho español diferencia entre la *chance* referida a un perjuicio aquiliano y la *chance* referida a un perjuicio contractual (entendido en sentido amplio, aglutinante de los daños derivados de incumplimientos que no son estrictamente contractuales). Los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual regulados en el Código civil constituyen una «especie jurídica» de una sola «región jurídica» (en estos términos, F. DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad...*, t. II, cit., p. 441; en otros parecidos, L. Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 245-250; y M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de res-*

2. CLASIFICACIÓN SEGÚN EL CONTEXTO EN QUE SE PRODUCEN

2.1. *La oportunidad de victoria en juegos de azar*

La aproximación a la utilización, la etimología y el significado de las palabras *chance* y riesgo ha puesto ya de manifiesto que, en el ámbito de la responsabilidad civil, una hipótesis de pérdida de oportunidad se plantea cuando, representado el curso ideal de los acontecimientos, como si no hubiera mediado el hecho ilícito, se concluye que la víctima pudo razonablemente obtener una ventaja, pero que, también razonablemente, pudo no obtenerla. Son casos de incertidumbre causal propiciada por el (posible) agente dañoso que con su conducta ha distorsionado el curso ordinario de las cosas sin que puedan disponerse de los elementos de juicio con que apreciar si, en todo caso, la víctima habría sufrido o no el daño.

Hay acontecimientos que son propicios al daño por pérdida de oportunidad porque el operador jurídico, al tratar de adivinar cuál habría sido su concreto derrotero, como si no lo hubiera entorpecido el hecho ilícito, suele encontrarse con las dosis de aleatoriedad o incertidumbre características de las situaciones de pérdida de oportunidad, a caballo entre la certeza de que existe nexo causal y la certeza de lo contrario. Esto es lo que suele ocurrir en los juegos de azar, cuyo resultado favorable o desfavorable es, por definición, impredecible. El objeto

ponsabilidad civil, contractual y extracontractual, Dykinson, Madrid, 2001, 79-85). Comparten una misma función (resarcitoria o compensatoria) y estructura (daño, causa e imputación). A su vez, proporcionan regulaciones idénticas o por lo menos semejantes en lo que refiere a los elementos que aquí interesan específicamente y a cuya luz es preciso comprender (admitir o rechazar) la teoría de la oportunidad perdida: el daño y la causalidad [cfr. F. PANTALEÓN PRIETO, Comentario al artículo 1902 del Código civil, en AAVV, *Comentario del Código civil*, dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, L. Díez-Picazo Ponce de León, C. Paz-Ares Rodríguez y P. Salvador Coderch, t. II, Min. Just., Madrid, 1991, pp. 1971-2003; *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, ADC, 1991, pp. 1019-1091; *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, ADC, t. 46, 1993/4, pp. 1719-1745]. A su vez, estos elementos y aquella función no difieren de los regulados en los sistemas de responsabilidad patrimonial extracontractual (art. 139 ss. LPC) y contractual (art. 113 TRLCAP, entre otros) de las Administraciones públicas (cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa. Potestad expropiatoria. Ga-*

rantía patrimonial. Responsabilidad civil de la Administración, Inst. Ests. Políts., Madrid, 1956; 2ª ed. [reimpr.], pról. *ad hoc*, Civitas, Madrid, 1984, p. 168; J., GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, 4ª ed., Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 193-197; J. L. VILLAR PALASÍ, *Pago de intereses de mora en los contratos administrativos*, Libro Consular del Consejo de Estado, Madrid, 1972, p. 154; y R. A. ESCOBAR, *Responsabilidad contractual de la Administración Pública*, Temis, Bogotá, 1989, pp. 6-25). No obstante, es preciso advertir desde ya que, al haberse acogido la doctrina de la pérdida de oportunidad en la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, que incorpora al ordenamiento español las Directivas Comunitarias sobre contratación (93/38/CEE) y recursos (92/13/CEE) en los sectores especiales, resulta más fácil defender la resarcibilidad de la posibilidad de victoria en procedimientos y concursos administrativos que en otros casos por lo que, bajo esta perspectiva, podría cobrar relevancia jurídica una clasificación que atiende al carácter público o privado del régimen aplicable de responsabilidad. De esta Ley me ocupo en los Capítulos III (ap. I.1) y VII (ap. IV.2.3).

de tales juegos es precisamente la suerte y la mala suerte (46). Por eso la doctrina jurídica recurre a ellos para proporcionar casos paradigmáticos de pérdida de *chance*. Así, en el mundo anglosajón, donde, para explicar la doctrina de la pérdida de oportunidad, se acude a veces al juego de la lotería o similares: La víctima había comprado un cupón de lotería, con premio de 10.000 \$, que el organizador de la rifa debía colocar en un sombrero. Se extrajo un cupón que no era el de la víctima, descubriéndose después que éste no llegó introducirse. No puede afirmarse que el organizador propiciara la pérdida de esos 10.000 \$ porque, en cualquier caso, era poco probable que venciera, pero sí que frustró una posibilidad de ganancia y que, teniendo un 0,1% de probabilidad de obtener el premio, según se deriva de la aplicación de la teoría de Laplace, tal pérdida debe valorarse en 10 \$(47).

2.2. La oportunidad de victoria en competiciones deportivas

La suerte y el azar marcan también el devenir de las actividades deportivas que cuentan con un componente aleatorio igualmente característico. La habilidad de sus practicantes y los resultados obtenidos en pruebas anteriores, además de otros factores, ayudan a predecir el resultado de las futuras, pero, por lo general, hay multitud de elementos que pueden arruinar los pronósticos más sensatos. Por eso, es éste también un ámbito proclive a las hipótesis de pérdida de oportunidad que ha sido empleado por la doctrina para introducir los estudios de la doctrina que propugna una reparación. Uno de los ejemplos clásicos de pérdida de oportunidad en Francia, así como en los países situados en su órbita de influencia (Bélgica, Suiza, Canadá –Quebec–) está ligado a las competiciones hípias: El transportista de un caballo de carreras llega tarde al hipódromo, cuando la competición ya se inició. No puede afirmarse que su propietario perdiera el premio que corresponde al campeón porque

(46) Precisamente la teoría matemática de la probabilidad se empezó a desarrollar a través de problemas ligados al juego de los dados. El cálculo de probabilidades nació durante el verano de 1654 a través de la correspondencia epistolar mantenida por PASCAL y FERMAT, iniciada por el primero a petición de su amigo el caballero DE MÉRÉ. Cfr. Y. DERRIENNIC, *Pascal et le problème du chevalier de Méré. De l'origine du calcul des probabilités aux mathématiques financières d'aujourd'hui*, Gaz. Math., núm. 97, jul. 2003, pp. 45-71. Disponible en <http://smf.emath.fr/Publications/Gazette>.

(47) Lo propone el profesor australiano D. HAMER, *Chance would...*, p. 589. Luego me ocuparé de la problemática

cuestión de si un grado mínimo de probabilidad, como el del caso, habilita la entrada en juego de la doctrina de la oportunidad perdida (en este Cap., ap. III.2.1.1); y del papel que, dentro del Derecho de daños, puede desempeñar la teoría clásica de la probabilidad matemática, uno de cuyos teoremas fundamentales es la Ley de Laplace (Cap. IV, ap. III.3.1). Otro ejemplo de oportunidad perdida en el contexto de un juego de azar lo propone el profesor norteamericano Joseph H. KING («*Reduction...*», cit., p. 515). Se trata del supuesto de la jarra de judías (*the «bean jar» paradigm*), al que también me referiré después (en este Cap., ap. III.2.1.2, y en Cap. IV, ap. III.3.2.1).

era poco probable que ganara la carrera, pero sí que ha perdido la oportunidad de obtenerlo(48).

Las competiciones hípcas han proporcionado un interesante filón jurisprudencial en torno a esta figura, sobre todo en Francia, donde, por ejemplo, se ha resuelto indemnizar en concepto de pérdida de *chance* al propietario del caballo que ganó la carrera, pero cuyo reputado *jockey* fue descalificado porque, al cambiar de atuendo, alteró el peso del animal, incurriendo en culpa profesional grave y sacrificando una posibilidad real de victoria(49); al carrerista que apostó por un determinado caballo, pero que no obtuvo premio porque el negligente jinete decidió frenar súbita e inesperadamente, cuando estaba a punto de cruzar la línea de meta(50); o al cuidador que, por sufrir un accidente, dejó de entrenar al equino que, a la vista de los buenos resultados obtenidos hasta entonces, con la adecuada preparación, habría podido, quizá, participar exitosamente en torneos futuros(51).

Bajo la genérica denominación de «oportunidades deportivas» pueden englobarse, pues, las que se pierden en carreras hípcas y, en general, en cualquier género de actividad deportiva, como, por ejemplo, las competiciones automovilísticas y las carreras de atletismo(52). Las primeras han proporcionado un caso especialmente relevante, por la repercusión que tuvo en los estudios de la materia en el Derecho italiano. Se trata de un asunto en el que se indemnizó al piloto que fue excluido ilegítimamente por una escudería para participar en las carreras previstas, privándole así de la posibilidad de acceder a la fórmula 1(53). En

(48) Es el supuesto resuelto por el Tribunal de Apelación de Limoges mediante sentencia de 24 de marzo de 1896 (caso *Rousseau vs. Ferrocarriles de Orleáns*) en la que se estimó que la pérdida de la oportunidad de ganar la carrera no constituía un perjuicio suficientemente cierto como para ser reparado. Para los hermanos MAZEAUD y TUNC (*Tratado...*, cit., ap. 219, p. 308), se trata de un supuesto claro de pérdida de oportunidad.

(49) El *Tribunal de grande instance de Senlis* de 19 de mayo de 1970 resolvió indemnizar en este caso en concepto de pérdida de oportunidad. Esta sentencia es la primera que lo hizo en Francia en relación con *chances* de victoria en competiciones hípcas (C. MÜLLER, *La perte...*, cit., pp. 57-58).

(50) Se trata del asunto, resuelto en Francia con respuesta positiva por el Tribunal de Casación (Civil, Secc. 2ª), en sentencia de 4 de mayo de 1972, anotada por P. LE TORNEAU (*Recueil Dalloz*, 1972, p. 596) y G. DURRY (*Observations*, *Revue trim. Droit civil*, 1972, p. 410); y comentada por E. DE VICENTE DOMINGO (El daño, en AAVV, *Tratado de responsabilidad civil*, coord. L. F. Reglero Campos, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, cap. 3º, p. 214). Más ampliamente, C.

MÜLLER (*La perte...*, cit., pp. 57-58). A este asunto me refiero con mayor detenimiento en Cap. VI, ap. II.2.2, nota.

(51) En este caso, la *Court de Cassation*, en sentencia de 6 de junio de 1990, resolvió indemnizar bajo el entendimiento de que «*L'élément de préjudice constitué par la perte d'une chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'es constatée, par l'effet du délit, de la probabilité d'un événement favorable encore que, par définition, la réalisation d'une chance ne sois jamais certaine*». Cfr. C. MÜLLER, *ibidem*, pp. 58-59.

(52) En Argentina, se emplea habitualmente la denominación de *chance deportiva*. Así, M. ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento...*, cit., pp. 451, que recoge varias sentencias que emplean la expresión.

(53) P. CAPORALI, *Alla ricerca della «chance» perduta*, *Corr. giur.*, 1992, pp. 1021 y ss.; P. CENDON, L. GAUDINO y P. ZIVIZ, *Sentenze di un anno-1992*, en AAVV, *La responsabilità extracontrattuale. Le nuove figure del risarcimento del danno nella giurisprudenza*, dir. P. Cendon, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 707-708; A. PACCES, *Competizioni automobilistiche: nuovo terreno fertile per il risarcimento delle «chances» perdute?*, nota S. Tr. Monza, 21 febr. 1992, *Riv. Dir. sport.*, 1994, pp. 447-460.

relación con las segundas, se ha planteado en España el caso del atleta que, erróneamente identificado por miembros del Cuerpo de Policía, fue arrojado al suelo, sufriendo unas lesiones que le impidieron participar en cinco encuentros oficiales, perdiendo la posibilidad de obtener algún patrocinio, los premios reconocidos a los mejor clasificados y la renovación de su beca⁽⁵⁴⁾.

2.3. *La oportunidad de victoria en procesos jurisdiccionales, procedimientos administrativos y concursos privados*

También suelen plantearse hipótesis de pérdida de oportunidad cuando la consecución de una ventaja depende de que un sujeto lleve a cabo una actividad intelectual, consistente en la apreciación de hechos, la aplicación de reglas, el ejercicio de poderes discrecionales o la realización de juicios de valoración u oportunidad. Piénsese en las ganancias que habría obtenido un recurrente, si el juez hubiera estimado sus pretensiones en un proceso que no llegó siquiera a incoarse por la falta de interposición del correspondiente recurso por olvido negligente del abogado; un licitador, si la Administración hubiera resuelto concederle el contrato administrativo en un procedimiento competitivo que finalizó con un acto de adjudicación favorable a otro y declarado años después nulo por el juez o tribunal correspondiente; o un trabajador, si el empresario hubiera decidido seleccionarle para un puesto mejor en un concurso laboral que no llegó a tramitarse adecuadamente porque fueron incumplidas las bases de la convocatoria. En todos estos casos, la obtención de un beneficio se subordina al éxito de un procedimiento (jurisdiccional, administrativo o privado), es decir, depende de la manera en que un sujeto (el juez, la Administración o el empresario) aprecia determinados hechos, aplica ciertas reglas y realiza concretas valoraciones. La frecuente imprevisibilidad del resultado final de estas actividades intelectuales hace de este tipo de casos un campo abonado para la pérdida de oportunidad. Puede agruparse así un conjunto heterogéneo de situaciones en las que la víctima pierde una posibilidad de victoria en procesos, procedimientos y concursos. Son casos en los que no puede alcanzarse la completa seguridad de que el contenido de la sentencia jurisdiccional, de la resolución administrativa o de la decisión de que se trate habría sido distinto de no mediar el hecho ilícito, pero se sabe con la suficiente certeza que la víctima ha perdido una posibilidad real de obtener un pronunciamiento favorable.

Podría frustrar una oportunidad de este tipo, por ejemplo, el organizador de un concurso de belleza, que, incumpliendo el contrato formalizado con una participante, deja de comunicarle el lugar y la fecha de la ceremonia, privándole así de la posibilidad de optar a los premios correspondientes a las

(54) Se trata del asunto informado por el Consejo de Estado español en Dictamen núm. 1040/2001, de 31 de mayo, que no aconsejó el resarcimiento en concepto de pérdida de oportunidad. Más adelante se estudia con mayor detenimiento (Cap. III, ap. III.4).

mejor clasificadas(55); el editor que, al imprimir el manuscrito con retraso, impide al autor participar en un concurso literario, perdiendo por ello la oportunidad de ser galardonado(56); el procurador o el abogado que presentó intempestivamente su recurso o se abstuvo de hacerlo, encontrándose el litigante con que la sentencia desfavorable adquiere firmeza(57); el profesional que comunica tardíamente a su cliente la notificación de una liquidación fiscal, impidiendo que pueda impugnarla(58); el asegurado de una compañía de seguro de protección jurídica que, por desatender ésta su obligación de cobertura, ve imposibilitado el ejercicio de su derecho de reclamación(59); el administrador concursal, por no ejercer a tiempo las acciones que habrían podido incrementar el volumen de la masa(60); el médico de cabecera que, por no remitir al trabajador su certificado sanitario, impide que éste pueda presentarse a unas pruebas de promoción profesional(61); el automovilista que, al atropellar al peatón, causa unas lesiones que le impiden presentarse a la oposición que había preparado(62); el empresario que, por presentar en plazo la declaración de siniestro, deja transcurrir el tiempo que provoca la caducidad de los derechos del trabajador derivados del accidente de trabajo; o el médico que, por un error de diagnóstico (afirmación de una enfermedad inexistente), da lugar a que el trabajador sea eliminado durante el proceso de selección para un determinado puesto(63).

Para los supuestos de pérdida de oportunidad de victoria en procesos jurisdiccionales, los autores franceses hablan de «pérdida de oportunidad procesal» o *chance (en matière) contentieuse*; y los ingleses suelen referirse a la «*chance in legal malpractice*»(64). También la doctrina española y el propio Consejo de Estado hablan de «pérdida de oportunidad procesal», aunque este último utiliza la expresión para referirse a un supuesto muy específico: El caso del perjudicado que, actuando como acusador en un proceso penal, sufre la frustración de la acción penal (y, por lo tanto, momentáneamente, la de la civil), al producirse su prescripción extintiva como consecuencia de la persistente paralización del pro-

(55) Es el famoso asunto inglés *Chaplin v. Hichs, leading case* en los ordenamientos de *Common Law*, al que me referiré con mayor detenimiento en los Capítulos II (ap. II.1), IV (ap. III.3.2.1) y VI (ap. II.2.2).

(56) L. y M. MAZEAUD/A. TUNC, *Tratado...*, cit., ap. 219, p. 308.

(57) *Ibidem*, p. 308. Hay una considerable jurisprudencia española favorable a la doctrina de la pérdida de oportunidad en este tipo de casos (Cap. III, ap. II.2.1).

(58) A. L. BITETTO, «*Chance*» *perduta...*, cit., p. 396; V. DI GREGORIO, *La valutazione equitativa del danno*, Cedam, Padova, 1999, p. 748.

(59) Asunto resuelto favorablemente por la sentencia del Tribunal francés de Casación (Civil, Secc. 1ª) de 10 de junio de 1986, comentado por C. MÜLLER, *La perte...*, cit., p. 61.

(60) I. TIRADO MARTÍ, *Los administradores*

concursoales, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 667.

(61) E. BONASI-BENUCCI, *La responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1955; trad. española, con notas de adaptación, de J. V. Fuentes Lojo y J. Peré Raluy, *La responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, 1958, p. 45.

(62) G. DUNI, *Lo Stato e la responsabilità patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 1968, nota 48, pp. 469-470.

(63) Es el supuesto al que se refiere la sentencia comentada en J. J. MOSSET ITURRASPE, *Frustración de una «chance» por error en el diagnóstico*, coment. S. Cámara Nac. Apelacs. Civil Buenos Aires, 21 dic. 1981, in *re* Almonacid vs Debora Centro Médico, en *Estudios sobre responsabilidad por daños*, t. IV, Rubinza-Culzoni, Santa Fe, 1982.

(64) Cfr. P. A. LORD, *Loss of chance in legal malpractice*, Washington L. Rev., núm. 61, 1986, pp. 1479-1502.

cedimiento(65). En relación con la oportunidad que tenía el interesado un procedimiento administrativo en obtener una resolución favorable y, con ello determinadas ganancias, la doctrina italiana habla de *chance di provvedimento* o *chance provvedimentale*. Ésta es la oportunidad que, en el ejemplo propuesto, pierde el licitador que no resulta adjudicatario de un contrato administrativo como consecuencia de una irregularidad cometida durante la tramitación del procedimiento. Es también la que pierde el aspirante a obtener la condición de servidor público o a promocionar en el escalafón funcional debido al incorrecto desenvolvimiento de las actuaciones(66). En Francia, se habla en este último caso y, en general, en todos en los que un sujeto ve frustrada sus posibilidades de acceder a un determinado trabajo, de *chance d'avancement*(67); y en España, el Consejo de Estado, hace referencia a la «pérdida de oportunidades laborales»(68).

2.4. La oportunidad de curación y la oportunidad de sobrevivencia

Como en los juegos de azar, los deportes y las actividades intelectuales consideradas, la *alea* (terapéutica), intrínseca a la actividad médico-sanitaria, puede plantear numerosas cuestiones de pérdida de oportunidad. La Medicina no es una ciencia exacta, de tal manera que es frecuente que enfermedades que parecen curables no remitan, pese a la adecuada aplicación de un tratamiento otras veces exitosos; y, al revés, que se venzan patologías aparentemente insuperables. Por eso en muchos casos no se consigue la seguridad de que el paciente habría respondido favorablemente a un determinado tratamiento, aunque sí la certeza de que debió intentarse y de que, al no practicarse, se ha sacrificado culpablemente una oportunidad de recuperación o prolongación de la vida. Piénsese en los siguientes casos: El lesionado que resulta afectado por una pseudoartrosis de muñeca, comprobándose que, cuando, varios años antes, había sufrido una herida en ella, el facultativo que examinó la radiografía no captó que había una fractura sin desplazamiento, con lo que se le privó de la oportunidad de su curación(69); la mujer que, al sufrir una hemorragia interna, acude a la consulta de un ginecólogo que, pese a las evidentes señales clínicas, no diagnostica el cáncer que

(65) Sobre esta doctrina, Cap. III, ap. III.3.

(66) Según expresa C. CORMIER, (*Le préjudice en droit administratif français. Étude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, prólogo D. Truchet, LGDJ, Paris, 2002, p. 188), la función pública es uno de los campos en los que la pérdida de oportunidad opera con predilección.

(67) M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, pról. J. Morand-Deville, LGDJ, Paris, 1994, p. 402-407; F. SALLET, *La perte...*, cit., pp. 16-25.

(68) De esta modalidad me ocupo con cierto detenimiento en los Capítulos III (ap. II.3.2) y IX (aps. II.3.1; II.3.2.1; II.4.2; II.5.3).

(69) G. VINEY/P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité (Dommage. Causalité. Faute. Fait d'autrui. Fait des choses. Troubles de voisinage. Accidents de la circulation)*, segundo de los tres tomos dedicados a la responsabilidad civil, integrados en *Traité de Droit Civil*, dir. J. Ghestin, 2ª ed., LGDJ, Paris, 1998, ap. 280, nota 397, p. 78.

padece, de modo que, cuando se detecta tiempo después, se encuentra en un estado tan avanzado que causa ya la muerte, habiéndose perdido la oportunidad de una sobrevivencia con la que podía haber contado cuando acudió a la consulta(70). En estos casos, suele hablarse de «*chance de curación*» (*chance de guérison, chance di guarigione, chance of recovery*) o de «*chance de sobrevivencia*» (*chance de survie, chance di sopravvivenza, chance of survival*).

En el campo sanitario, hay situaciones que pueden plantear problemas de pérdida de oportunidad en los que, sin embargo, los elementos de incertidumbre de que hablamos derivan, no de la frecuente imprevisibilidad de los resultados de la Ciencia médica, sino de la impredecibilidad de la conducta del propio perjudicado. Así, cuando el daño pudo deberse, no ya a la culpa del profesional sanitario, sino al incumplimiento del deber de informar de los riesgos a los que se expone el paciente al objeto de que pueda emitir su conformidad. Son los casos de ausencia de consentimiento informado(71). Cuando el riesgo del que la víctima no fue adecuadamente instruida acaba desencadenándose, la apreciación del nexo causal pasa por averiguar el sentido de una decisión humana, es decir, por borrar el hecho ilícito, imaginando que el médico cumplió su obligación informadora, y determinar si el paciente habría o no consentido la intervención médica. Sólo raramente podrá concluirse, con un grado razonable de certeza, que el enfermo habría rechazado la intervención, de cuyo riesgo, fatalmente desencadenado, no era conocedor; y, a su vez, sólo raramente podrá estimarse con ese mismo nivel de certidumbre que, aún con la información correspondiente, la habría consentido. Cuando se esté ante estos excepcionales supuestos, habrá de afirmarse la causalidad, en el primero; y negarse, en el segundo.

Partiendo de una pauta de normalidad, podría establecerse, por ejemplo, el sentido de algunas de las decisiones que tomaría un concienzudo testigo de Jehová que, probablemente, sería contrario a una intervención que supusiera una transfusión sanguínea; o, en torno a los riesgos inherentes a algún tipo de vacuna, el sentido de la elección de una persona culta, perteneciente al ámbito médico, que conocía sus debilidades inmunológicas y que en anteriores ocasiones se había dejado vacunar. En este último caso, parece que el sujeto se habría vacunado en todo caso, aunque hubiera sido adecuadamente instruido de los riesgos a los que se exponía, salvo que estos fueran netamente desproporcionados(72).

(70) F. CHABAS, *La pérdida...*, cit., p. 229.

(71) Sobre los términos en que este deber de información ha de exigirse, J. C. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad médica... informado*, pról. R. de Ángel Yágüez, Civitas, Madrid, 2001, *passim*; y *La responsabilidad civil médica*, pról. F. Marín Castán, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 251-331. También, centrándose en supuestos

de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, F. J. VILLAR ROJAS, *La responsabilidad de las Administraciones Sanitarias: fundamentos y límites*, Praxis, Barcelona, 1996, pp. 166-172.

(72) Tales ejemplos son una recreación de los expuestos por el profesor CHABAS (*La pérdida...*, cit., pp. 231-232).

Lo normal es, sin embargo, que se carezca de los elementos que son suficientes para enlazar causalmente el daño con el hecho ilícito, afirmándose a lo sumo que el paciente perdió la oportunidad de sustraerse al perjuicio efectivamente sufrido. Piénsese en el paciente que, al someterse a una extracción endoscópica de un cálculo vesical, sufrió una estenosis uretral sin haber sido previamente informado de que corría el riesgo de padecerla(73); o en el niño aquejado de una coartación congénita de aorta que, como consecuencia de la intervención, sufre una paraplejia, resultando ser ésta un riesgo típico de la cirugía del que los padres no fueron convenientemente ilustrados(74).

2.5. *La oportunidad comercial*

Algo parecido sucede en algunos supuestos de responsabilidad precontractual, cuando una de las partes, confiando en la conducta mantenida por la otra durante las negociaciones (que le hizo creer que iban a cerrarse con la perfección del contrato) descarta vías alternativas de lucro (la oferta de un tercer sujeto). En estos supuestos, la deslealtad de la contraparte puede impedir que se sepa con seguridad cuál habría sido la voluntad de la parte defraudada, esto es, si, de haber sabido desde el principio que aquélla iba a abandonar injustificadamente las tratativas, se habría acogido a aquella invitación. Así, pues, pueden plantearse situaciones en que la víctima pierde, no las ganancias que habría reportado otro contrato, sino la posibilidad en sí de haberlo suscrito(75).

Puede ocurrir que haya suficientes elementos de juicio para concluir que era altamente probable que la parte defraudada hubiera negociado con un tercer sujeto. Entonces, otros factores pueden imposibilitar del mismo modo que se asegure que el hecho ilícito ha impedido la obtención de un beneficio. Aunque se sepa que el precontrayente defraudado se habría acogido a otra invitación, puede desconocerse el contenido preciso del hipotético contrato y, en principio, no puede descartarse la posibilidad de que las partes hubieran dejado de cumplirlo; posibilidad ésta que es tanto más verosímil cuanto mayor es el número de cláusulas, condiciones o cargas y, por ende, cuanto mayor es la complejidad del

(73) Asunto resuelto por el TSJ de Cataluña, de 24 de julio de 2003 (comentada por J. C. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad médica... informado*, cit., pp. 347-348), que, aunque no acoge explícitamente la doctrina de la pérdida de oportunidad, condena a la Administración sanitaria al abono de una indemnización reducida, que no se corresponde con el valor total del daño.

(74) Asunto resuelto por el TS, Sala 3ª, Secc. 6ª, de 4 de abril de 2000, que reconoce el derecho a indemnización, no por

la paraplejia en sí, sino por el daño moral que implica *per se* la ausencia de información. J. C. GALÁN CORTÉS (*ibidem*, p. 351), al referirse a este pronunciamiento, pone de manifiesto cómo la doctrina aplicada no ha sido mantenida en otras sentencias de la misma Sala.

(75) C. MÜLLER, *La perte...*, cit., pp. 334-335, se refiere a la *chance*, considerándola una solución «ideal» para algunos de los problemas probatorios que plantea la responsabilidad precontractual.

contrato(76). Por eso es normal que no pueda garantizarse que las negociaciones frustradas hayan privado a la víctima del beneficio que le habría aportado la conclusión de otro contrato, pero sí que han cercenado una posibilidad real de obtenerlo. De ahí que la doctrina de la pérdida de oportunidad pueda también encontrar un importante filón aplicativo en la responsabilidad precontractual.

Las oportunidades que se pierden en este tipo de contextos suelen denominarse oportunidades comerciales (*commercial opportunities*)(77) o *chances* de expansión de la actividad comercial (*chances d'expansion de l'activité commerciale*)(78). Un buen ejemplo de este tipo de *chances* lo proporciona el asunto *Sellars* (1994) del Tribunal Supremo (*High Court*) de Australia, en el que el agente dañoso, al presentar una magnífica oferta, incitó a la víctima a interrumpir las negociaciones con otra empresa; pero, firmado el contrato, rehusó darle cumplimiento. La víctima hubo de retomar las negociaciones originarias, pero los términos del nuevo contrato eran menos favorables que los establecidos en el borrador proyectado, que, según estimó el Tribunal, se habría firmado muy probablemente de no haber mediado la oferta del agente dañoso. En este asunto, de lo que no se tenía la completa certeza era de que el contrato primigenio se hubiera podido cumplir, pues su objeto estaba sometido a, al menos, siete condiciones(79).

2.6. Las oportunidades perdidas en otros casos

Los juegos de azar, los deportes, los procedimientos administrativos y jurisdiccionales, los concursos, la actividad médico-sanitaria y las negociaciones contractuales constituyen «bastiones del azar» en los que, con frecuencia, la doctrina y la jurisprudencia acuden al concepto de oportunidad perdida para resolver una situación que es problemática, porque, de un lado, se sabe que la víctima sufre un daño y, de otro, se reconoce que es imposible asegurar que habría obtenido la ventaja apetecida. Esta enumeración de supuestos agota en cierto modo el conjunto de hipótesis típicas o características a las que suele aplicársele la doctrina de la pérdida de oportunidad, pero las efectivamente planteables son innumera-

(76) El sustantivo «contrayente», según el Diccionario de la Real Academia Española, vale para quienes contraen matrimonio, pero no hay ningún inconveniente en llamar contrayentes a los contratantes. De ahí que, para referirnos a quienes intervienen en tratos preliminares, hablemos de precontrayentes, absteniéndonos de hablar de precontratantes, pues este concepto generaría confusión al entenderse primariamente como las partes de un precontrato. Es de significar que, a nuestros efectos, hay el neologismo «precontraente» que utili-

zara L. ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO en la traducción del *Traité* de los hermanos MAZEAUD, con TUNC (*Tratado...*, cit., p. 166).

(77) Así, D. HAMER, *Chance would...*, cit., p. 591.

(78) Así, la *Cour d'appel* de París en el asunto *Société générale des eaux minérales Vittel c. Société Etablissements Dubreil*, de 13 de mayo de 1988. Cfr. C. MÜLLER, *La perte...*, cit., p. 65.

(79) Me ocupo de este asunto con mayor detenimiento en los Capítulos II (II.1) y VI (II.2.2).

bles(80). Los supuestos en que la víctima carece de medios objetivos con que demostrar que, de no haber mediado el hecho ilícito, habría obtenido un beneficio son de lo más variado. Así, por ejemplo, puede sufrir un daño por pérdida de *chance*: El jugador profesional de fútbol que, al ser lesionado, no es transferido a otro Club en el que sus emolumentos iban a ser muy superiores(81); los padres de un menor que, con la muerte de éste, pierden la posibilidad de obtener, en su día, la ayuda económica y personal que les podría brindar(82); la mujer de un estudiante del último curso de la Licenciatura de Medicina que estaba a punto de convertirse en cirujano cuya muerte le priva de la posibilidad de obtener los beneficios económicos que el inminente rango profesional podría producir(83); el joven aspirante a convertirse en bailarín que, como consecuencia de unas lesiones corporales, ve truncada tal posibilidad(84); el adquirente de un inmueble que no puede inscribirlo por defectos de la escritura o por retraso en la expedición de su copia, imputables al notario, dando lugar a que sea inscrita una venta posterior(85); o el mandatario que llega tarde a una subasta judicial, quedando impedida la posibilidad de participar en ella con éxito(86). Se ha hablado también de *pérdida de oportunidad extraprocesal* en supuestos en que el Defensor del Pueblo Europeo, incurriendo en error manifiesto, frustra la posibilidad de que una solución amistosa con la Institución Comunitaria afectada hubiera eliminado o minorado un perjuicio(87).

(80) Hasta el punto de que uno de los argumentos de mayor consistencia para rechazar la teoría de la pérdida de oportunidad es su incapacidad para proporcionar suficientes criterios de delimitación que impidan aplicarla en cualquier hipótesis de incertidumbre causal estricta, irreversible e intrínseca (cfr., en este Cap., ap. III.2.2, y, en Cap. VII, ap. IV.1). No obstante, tal problema no se plantea en el Derecho español, tal como después se dirá (Cap. VII, aps. II y IV.2).

(81) MAZEAUD/TUNC, *Tratado...*, cit., ap. 219, p. 310.

(82) Cfr. P. H. IRIBARNE, *De los daños a la persona*, Ediar, Buenos Aires, 2ª ed., 1995, pp. 364-379. La administrativista M. DEGUERGUE (*Jurisprudence...*, cit., p. 407) se hace eco de que hoy no se aprecia en este caso una pérdida de *chance de secours alimentaires*, porque tal ayuda ha sido objeto de un «abandono sociológico» y ello determina que la eventualidad se predique no sólo de la ayuda económica, sino también de la propia oportunidad de brindarla, negando por ello que constituya un perjuicio cierto. Se está, en consecuencia, ante una situación completamente distinta a la que existía a finales del siglo XIX en que era normal que los niños de corta edad trabaja-

ran y subvinieran a las necesidades familiares. Sobre la jurisprudencia que en el Derecho argentino aplica la técnica de la *chance* en estos supuestos, Cap. II, ap. II.1. Sobre la cuestión en el Derecho español y su tratamiento en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cap. II, ap. IV.1.2.

(83) Cfr. P. LE TORNEAU, *Observations*, *Juris-Classeur pér.*, Semaine jur., 1970, núm. 16456.

(84) Supuesto contemplado por la sentencia del Tribunal italiano de Casación, Civil (Secc. 3ª), de 25 de septiembre de 1998 (núm. 9598), que confirmó la exclusión del resarcimiento, al negarse que hubiera quedado acreditado que el demandante contara con la razonable probabilidad de obtener la ventaja auspiciada, sin que procediera otra indemnización que la correspondiente al daño biológico sufrido. Sobre esta sentencia, considerando que hay pérdida de oportunidad, U. VIOLANTE, *La «chance» di un giro di valzer (sul danno biologico dell'aspirante ballerino)*, *Danno resp.*, 1999/5, pp. 534-541.

(85) MAZEAUD/TUNC, *Tratado...*, cit., ap. 219, p. 308.

(86) *Ibidem*, ap. 219, p. 310.

(87) A esta oportunidad se ha referido

3. CLASIFICACIÓN SEGÚN LA NATURALEZA DEL DAÑO FINAL

3.1. *La oportunidad económica y la oportunidad personal*

Situados en las bases de una tipología general de daños, la doctrina especializada parte de una clasificación fundamental, montada sobre la diversa índole de los bienes afectados. Hay, de un lado, los detrimentos o menoscabos que afectan a los bienes que integran el patrimonio económico de la persona, y, de otro, los que afectan a los bienes de la personalidad, que componen su patrimonio personal, dentro del cual hay que distinguir el patrimonio biológico o fisiológico (constituido por la vida y la integridad psicofísica) y el patrimonio moral o espiritual de la persona (conformado por los bienes extracorporales de la personalidad, enunciables mediante un elenco abierto en creciente progresión) (88).

La ventaja, de cuya posibilidad de consecución se gozaba inicialmente y que se desvanece por la actuación de otro sujeto, puede ser económica, pero también estrictamente personal (relativa al bien de la salud o a cualquier otro bien de la personalidad) (89). Atendiendo a la índole de la ventaja final, puede distinguirse, por tanto, la *chance* referida a una utilidad de tipo patrimonial (oportunidad económica) y la referida a una utilidad de tipo personal (oportunidad personal). La posibilidad de prolongar el tiempo de vida, que se pierde por culpa del médico que diagnostica tardíamente la enfermedad y pone en práctica a destiempo el tratamiento adecuado, es una oportunidad personal porque el bien que resulta menoscabado (sobre cuya ligazón etiológica con el hecho ilícito se albergan dudas) es de naturaleza personal. También son oportunidades personales las de victoria en procesos, procedimientos o concursos, cuando el beneficio que habría podido obtenerse es de carácter personal: la obtención de una mención estrictamente honorífica, el reco-

el profesor COBREROS MENDAZONA (*El Tribunal de Justicia de Luxemburgo confirma la posible responsabilidad patrimonial del Defensor del Pueblo*, RAP, núm. 164, mayo-ago. 2004, p. 198) al hilo de un comentario a una jurisprudencia reciente del TJCE que admite la teórica posibilidad de que el Defensor del Pueblo Europeo incurra en responsabilidad. Sobre esta cuestión, Cap. II, ap. III.2.1.

(88) R. H. BREBBIA (*La lesión del patrimonio moral*, en AAVV, *Derecho de daños*, Libro homenaje al prof. Mosset Iturraspe, t. I, La Rocca, Buenos Aires, dir. Trigo Represas y Stiglitz, 1991, p. 228) diferencia, de un lado, el patrimonio económico (material), constituido por los bienes que integran «lo que la persona tiene»; y, de otro, el patrimonio moral (espiritual), constituido por los bienes que integran «lo que la persona es». A su vez, Y. LAMBERT-FAIVRE (*La victime*

d'un dommage corporel et sont avocat, Gaz. Palais, 3-9-99, p. 5) dice que los perjuicios económicos se conjugan con el verbo *tener*, mientras que los personales se conjugan con el verbo *ser*. También en este sentido, M. MEDINA CRESPO, *Los fundamentos*, tomo I de *La valoración civil del daño corporal. Bases para un Tratado. Análisis jurídico del sistema incluido en la Ley 30/95. Doctrina y Jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 25-37.

(89) Así lo señala, para el Derecho español, E. DE VICENTE DOMINGO (*El daño*, cit., p. 213), con cita de la paradigmática STS (Sala 1ª) de 10 de octubre de 1998, a la que me he referido con anterioridad (ap. I.1) y que, en su momento, será estudiada con algún detalle (Cap. III, ap. II.2.3.1). Tal distinción permite a M. M. ZAVALA DE GONZÁLEZ (*Resarcimiento...*, cit., pp. 443, 447, 452) hablar de *chances* «productivas» y de *chances* «afectivas».

nocimiento de la paternidad, etc(90). Lo normal, es, sin embargo, que, en estos casos, el beneficio auspiciado sea de carácter patrimonial, pudiéndose catalogar entonces la oportunidad como *chance* de carácter económico.

3.2. La oportunidad «de lucro captando» y la oportunidad «de damno vitando»

La teoría general del daño, atendiendo a la consistencia del perjuicio, según que el menoscabo incida en patrimonio entrante o en el saliente, distingue el daño emergente del lucro cesante. El primero es el atentado a un bien jurídico que estaba ya integrado en el patrimonio de la víctima; y el segundo, el referido a la ventaja que se habría obtenido después de no haber mediado el hecho ilícito. Tal como está expresada esta clasificación, la emergencia del daño se predica no sólo del perjuicio material sino también del perjuicio personal, efectuándose así una ampliación de la división tradicional, que sólo se refiere al daño emergente en el ámbito estrictamente económico. Así pues, de acuerdo con la esencia de su significado –en cuanto salida patrimonial o pérdida estricta–, cabe un daño emergente de carácter material (*v. gr.* la destrucción del vehículo) y cabe un daño emergente de carácter personal (*v. gr.* la pérdida de un brazo o el atentado a la intimidad), referente el primero al patrimonio económico de la víctima y referente el segundo a su patrimonio personal (corporal y extracorporal o espiritual).

Partiendo de lo anterior, pueden distinguirse, según que la ventaja final (aquella respecto de la cual la víctima sólo habría tendido posibilidades de beneficio reales, pero inciertas), consistiera en la evitación de un daño o en la obtención de un incremento patrimonial, dos tipos de oportunidades, la *de lucro captando* y la *de damno vitando*. La primera es la posibilidad de obtener unas ganancias (*quantum lucrari potuit*), y puede asimilarse a un lucro cesante porque el resultado nocivo de tal pérdida consiste en la preclusión de la oportunidad de obtener dicho lucro; la segunda es la posibilidad de sustraerse a una decremento patrimonial que resulta inevitado (*quantum mihi abest*), y puede asimilarse a un daño emergente, pues el resultado nocivo de la pérdida consiste en la frustración de la oportunidad de evitar la salida patrimonial indeseada(91).

Las oportunidades deportivas, procesales o procedimentales, comerciales y las que se pierden en los juegos de azar son, en principio, oportunidades *de lucro captando* porque todas ellas definen la situación en que se encuentra una víctima que tenía posibilidades de obtener un galar-

(90) Así lo ha puesto de manifiesto, refiriéndose a las *chance* de victoria en un procedimiento jurisdiccional, M. C. CRESPO MORA, *La responsabilidad...*, cit., p. 384.

(91) La doctrina francesa ha insistido especialmente en la distinción de las *chan-*

ces, según que se refieran a la obtención de un beneficio o a la evitación de una pérdida. Cfr. G. VINEY, *Les conditions...*, cit., p. 72. En Italia, M. FEOLA, *Il danno...*, cit., pp. 53-54.

dón, un pronunciamiento favorable o un contrato. En cambio, las oportunidades de curación o supervivencia de un paciente son *de damno vitando* porque se refieren a las posibilidades de que un bien del que previamente disponía (la salud o la vida) dejara de salir del patrimonio jurídico (personal) de la víctima.

3.3. *La oportunidad directa y la oportunidad consecuencial*

Cabe una tercera clasificación montada sobre el carácter directo o consecuencial del detrimento patrimonial. Son directos o primarios los daños inmediatamente derivados del hecho ilícito. Son consecuenciales o secundarios los perjuicios inmediatamente derivados de un daño y, sólo indirectamente, de la conducta lesiva. Ocurre a menudo que el daño inmediatamente generado por el hecho ilícito es un daño emergente (las lesiones corporales temporales o permanentes derivadas de accidente o el atentado al honor de la persona); y que las consecuencias perjudiciales de éste constituyan un lucro cesante (las ganancias dejadas de percibir derivadas de los daños anteriores). Pero hay lucros cesantes que constituyen daños directos, como el derivado del incumplimiento de alguno de los deberes que componen una relación contractual⁽⁹²⁾ o cualquier otra relación de contacto social cualificado, como la formalizada en un procedimiento administrativo (la ganancia que habría depurado la explotación de una licencia si la Administración no hubiera incumplido su deber de adoptar una resolución ajustada a Derecho)⁽⁹³⁾; y daños emergentes que son perjuicios consecuenciales (los gastos de reparación o los gastos hospitalarios, que derivan de la destrucción del vehículo o de la pérdida corporal producidas en un accidente)⁽⁹⁴⁾. Los perjuicios consecuenciales pueden derivar de un daño corporal o espiritual y pueden ser, a su vez, de índole patrimonial o moral. Así, el daño material *puede originar* perjuicios materiales (los gastos de desplazamiento derivados de la destrucción del vehículo), pero también perjuicios morales (los que causa la pérdida de unas fotografías familiares o la muerte del animal de compañía); y el daño personal (tanto el corporal como el extracorporal) *genera siempre* perjuicios morales (los derivados de la pérdida de una extremidad) y *puede generar* perjuicios de índole

(92) Dice con rigor A. CARRASCO PERERA que el daño emergente puede coincidir con el suceso-incumplimiento o ser posterior a él; pero que el lucro cesante no coincide nunca temporalmente con el suceso que funda la situación de incumplimiento, consistiendo siempre en una «repercusión», en una pérdida consecuencial del incumplimiento (*Comentario del artículo 1106 del Código civil*, en AAVV, *Comentarios al Código civil...*, cit., t. XV, vol. 1º, 1989, pp. 676-677).

(93) Cfr. L. MEDINA ALCÓZ, *La responsa-*

bilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 253-294.

(94) Con estas consideraciones, de signo estrictamente descriptivo, se quiere sólo aclarar que las categorías daño directo y daño indirecto no son sin más homologables a las de daño emergente y lucro cesante, como podría creerse a primera vista.

patrimonial (las ganancias que deja de obtener el pianista que pierde sus manos) (95).

Partiendo de esta clasificación, puede hablarse de oportunidad directa y de oportunidad consecuencial. Los supuestos considerados son casos de oportunidades directas, pues en ellos el beneficio inobtenido ha podido derivar directamente del hecho ilícito. Pero es preciso notar que hay veces en que ese beneficio (que, de conformidad con la doctrina de la *chance*, ha de tenerse en cuenta a la hora de valorar el daño por la posibilidad frustrada, según veremos) ha de incluir el valor de otros daños consecuenciales. Así, por ejemplo, la pérdida de una posibilidad de curación constituye una oportunidad directa, pues el deterioro de la salud de la víctima deriva –podría derivar– directamente del hecho ilícito; pero *es siempre* también una oportunidad consecuencial de carácter personal, en la medida en que las posibilidades de la víctima se refieren también a la evitación del daño moral que de suyo conlleva el atentado a su integridad psicofísica; y *puede ser* una oportunidad consecuencial de carácter patrimonial, si el lesionado hubo de afrontar gastos de curación o el detrimento de su nivel de ingresos laborales y tales circunstancias resultan convenientemente acreditadas. Por eso, las *chances* de curación son siempre *chances* directas, en cuanto al daño estrictamente fisiológico, e indirectas, en cuanto a los perjuicios consecuenciales de carácter moral, que existen necesariamente, o patrimonial, que se verifican *eventualmente* y han de ser probados específicamente.

3.4. La oportunidad pasada y la oportunidad futura

Hay una cuarta clasificación que atiende al dato temporal y que completa el cuadro de categorías que estamos teniendo en cuenta en estos primeros pasos aproximatorios. Desde esta perspectiva, se distingue entre el daño pasado y el daño futuro. Su *ratio dividendi* está constituida por la fecha en que se produce la liquidación amistosa o judicial del daño y no por la fecha del hecho generador. Adoptada esta perspectiva,

(95) Lo que tiene de relevante esta última especificación es que los daños morales constituyen una consecuencia perjudicial necesaria de los daños de tipo personal, mientras que los perjuicios patrimoniales constituyen una consecuencia contingente pues pueden producirse o no. Quien en un accidente sufre la pérdida de un brazo padece siempre, además de ese perjuicio fisiológico, un perjuicio de carácter moral que le es inherente, pero puede no sufrir perjuicios de índole patrimonial, bien porque los gastos de curación no sean satisfechos por él, bien porque no le suponga ningún detrimento en su nivel de ingresos laborales. A su vez, los perjuicios morales derivados de un daño material son

consecuencias perjudiciales de tipo contingente, pues hay casos en que se producen y otros en que no. El propietario de un perro que resulta atropellado y muerto en accidente de circulación sufre, en principio, la pérdida correspondiente al valor del animal, sin que pueda ligarse a dicha pérdida, como regla general, un perjuicio de índole personal; pero si se trata de un animal de compañía, éste tiene para su dueño un valor de afección que conlleva la apreciación de un perjuicio moral que incluso puede ser cuantificado en un importe superior a su propio valor como cosa. Al respecto, M. MEDINA CRESPO, *La valoración...*, cit., *Los fundamentos*, cit., pp. 25-44.

la distinción clásica entre el daño emergente y el lucro cesante se descompone en una clasificación cuatripartita de signo material o descriptivo, pues hay un daño emergente pasado (por ej., los gastos médicos afrontados para curar una lesión temporal), un daño emergente futuro (por ej., los gastos médicos que el lesionado tiene que afrontar después de realizarse la *æstimatio* de los daños y perjuicios), un lucro cesante pasado (por ej., la ganancia dejada de obtener por el lesionado durante el período de incapacidad temporal y también la que tiene lugar como consecuencia de una lesión permanente, pero antes de efectuarse la *æstimatio*) y un lucro cesante futuro (por ej., la ganancia dejada de obtener por el lesionado permanente, una vez producida la *æstimatio*).

Se dice con frecuencia que un perjuicio es «futuro y eventual» para negar su rango resarcible y, en cambio, se habla de perjuicio «cierto y actual» para reconocérselo. Son expresiones equívocas porque, en el primer caso, la irresarcibilidad se debe a la eventualidad del perjuicio y no a su carácter futuro; y, en el segundo, la resarcibilidad se debe a su certidumbre y no a su actualidad. Como señala la administrativista francesa Christine CORMIER, no hay ninguna incompatibilidad entre el carácter futuro y el carácter cierto de un perjuicio, porque el perjuicio cierto puede ser tanto actual como futuro; y, a su vez, aunque se trata de una cuestión de grado difícil de trazar, hay que diferenciar el perjuicio futuro probable y el perjuicio futuro hipotético, pues el primero es un perjuicio cierto, es decir, un perjuicio(96). Debe, por tanto, puntualizarse que «daño actual» significa «daño apreciable en la actualidad,» con lo que lo es tanto el daño pasado (ya realizado) como el daño futuro (por realizar).

Partiendo de esta clasificación, puede distinguirse la pérdida de una oportunidad pasada y la pérdida de una oportunidad futura. La primera es la pérdida de la posibilidad de evitar un daño pasado; y la segunda, la pérdida de la posibilidad de evitar un daño futuro. Cuando un diagnóstico tardío pudo ser la causa de la gangrena que ha afectado a la pierna del paciente, puede decirse que el médico ha sacrificado una oportunidad pasada porque al tiempo de la liquidación judicial la lesión corporal y el daño moral consecuente ya se produjeron. Si el enfermo era un atleta profesional, puede hablarse, además, de pérdida de oportunidad futura para referirse a las ganancias que ya no obtendrá. La pérdida de una oportunidad médica puede referirse así, no sólo a los daños ya acaecidos, sino también a perjuicios futuros.

Ocurre a veces que al tiempo de la *æstimatio* el hecho ilícito no ha ocasionado ningún género de menoscabo, pero es posible que un daño aparezca después, sin que pueda asegurarse su conexión causal con aquél. Se trata de hipótesis particulares de oportunidad futura en que, con el tiempo, puede comprobarse si el perjuicio ha acabado materializándose. Es, por ejemplo, el caso del médico que expone negligentemente a radiación a su paciente y, aunque tal circunstancia no le provoca

(96) *Le préjudice...*, cit., p. 184.

un cáncer, aumenta en un 30% sus probabilidades de sufrirlo en el futuro. En estos supuestos, puede constatarse que la víctima no ha sufrido aún los (posibles) efectos del hecho ilícito, pero, desde una óptica *prospectiva*, se considera que ha aumentado el riesgo de que se materialicen en el futuro. El perjuicio no se ha verificado aún al tiempo de la *æstimatio*, y, aunque no es seguro que vaya a producirse después, el hecho ilícito ha incrementado el riesgo de que tenga lugar(97). El incremento del riesgo de sufrir un perjuicio es la otra cara de la pérdida de oportunidad(98). Si ésta se identifica con la frustración de una posibilidad de evitar un perjuicio u obtener un beneficio, aquél es el surgimiento de la posibilidad de sufrir un daño futuro(99). No obstante el paralelismo, las hipótesis de incremento de riesgo no suelen comprenderse como casos de pérdida de *chance*, según veremos con mayor detenimiento(100).

III. La doctrina de la pérdida de oportunidad

1. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD COMO TÉCNICA DE FACILITACIÓN PROBATORIA: APROXIMACIÓN A LA DOCTRINA DE LA «CHANCE»

1.1. *La pérdida de oportunidad como remedio ante la imperfección del conocimiento empírico*

Las clasificaciones realizadas han servido para exponer una serie de casos en los que, por lo general, la víctima se encuentra, en cierto modo, en una situación de desigualdad respecto del agente porque carece de conocimientos y medios para apreciar si hubo o no causalidad. La doctrina de la oportunidad perdida pretende corregir ese desequilibrio, auxiliando a la víctima ante estas dificultades probatorias. En particular, entra en juego, habilitando un resarcimiento, cuando se tiene, no la certeza jurídica de que un sujeto ha privado de un beneficio a un sujeto, pero sí una fuerte intuición, sospecha o certeza moral de que lo hizo(101).

Se trata de una técnica emparentada con otras surgidas en el marco de la responsabilidad civil, como la denominada «prueba por presunciones» o la teoría de la creación (o incremento) del riesgo, que persiguen evitar que la dificultad de probar la causalidad en determinados sectores (actividades sanitarias e industriales; fabricación y distribución de productos; procesos, procedimientos y concursos) conduzca a la completa exone-

(97) Ya se ha descrito este tipo de casos en este Cap., ap. I.2.2.

(98) C. MÜLLER, *La perte...*, cit., p. 307.

(99) *Idem*.

(100) En este Capítulo, ap. III.2.1.2.

(101) Se trata de una mera aproxima-

ción, pues, como después se verá (Cap. IV, ap. III), las conclusiones en torno a la apreciación del nexo causal y la aplicación de la teoría de la *chance* han de basarse en una metodología racional, no en la intuición o en la certeza moral del juzgador.

ración de quien, con su actuación, pudo provocar el daño(102). La virtualidad de cada una de estas técnicas es distinta y, a su vez, su admisibilidad dentro del Derecho español es, en algún caso, al igual que la de la doctrina de la oportunidad perdida, discutible cuanto menos. Pero lo que interesa poner de relieve ahora es, simplemente, el hecho de que hayan surgido y vayan teniendo un juego cada vez mayor dentro del ámbito de la responsabilidad civil, que obedece a varias razones. Una de las más importantes es la toma de conciencia, relativamente reciente en el mundo del Derecho, de que el conocimiento humano es imperfecto y limitado.

El pensamiento filosófico y jurídico en relación con el conocimiento de los hechos ha evolucionado a partir de una fase primitiva en que imperaba una concepción mágica hasta el momento actual, en que se ha adoptado la óptica racional(103). El motor de esta transformación ha sido, en buena medida, el pensamiento ilustrado que, influido por los avances científicos y el paradigma mecanicista newtoniano, depositó una confianza ciega en el conocimiento empírico, como vehículo capaz de proporcionar certezas incuestionables(104). Se tenía la convicción de que el mundo natural está regido por leyes causales del tipo «si X, entonces siempre Y»; y esta idea se proyectó casi sin variación al campo de las ciencias jurídicas, donde hubo autores que llegaron a creer que la verdad obtenida en el proceso puede ser reflejo fiel de lo efectivamente acaecido(105). A nivel teórico o académico, planteamientos de este género sólo fueron defendidos por una «minoritaria epistemología positivista» que concebía el conocimiento como un proceso guiado por normas seguras; pero la práctica procesal, sobre todo la de la Europa continental, se escudó en la regla del libre arbitrio o convicción para dejarse dominar por la idea de que los hechos pueden y deben probarse con *toda* certeza(106). Muchos ilustrados reconocían que la certeza de los hechos nunca es absoluta u objetiva, pero no los juristas, probablemente porque no prestaban atención al problema del hecho y su prueba y han centrado sus preocupaciones en la teoría de la interpretación de las normas. En la dogmática jurídica ha imperado así

(102) Es la idea que expresa la administrativista francesa C. CORMIER, *Le préjudice...*, cit., p. 278: «El juez utiliza la noción de pérdida de oportunidad cuando la prueba del nexo de causalidad es problemática (...), cuando la prueba de la conexión causa-efecto que debe existir entre el hecho ilícito y el daño plantea demasiadas dificultades a la víctima. Se trata, por tanto, de paliar la incertidumbre que pesa sobre la existencia de una relación causal».

(103) Sigo en este punto la magnífica y más amplia exposición de M. GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 7-45.

(104) *Ibidem*, pp. 27-30.

(105) *Ibidem*, p. 21.

(106) *Ibidem*, pp. 30-31. Según L. FERRAJOLI (*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 7ª ed., pról. N. Bobbio, trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, R. Cantarero Bandrés, Trotta, 2005, p. 50) la idea de que «se puede conseguir y aseverar una verdad objetiva o absolutamente cierta es en realidad una ingenuidad epistemológica que las doctrinas jurídicas ilustradas del juicio como aplicación mecánica de la ley comparten con el realismo gnoseológico vulgar».

el «desprecio de los hechos»(107). El estudio de las cuestiones de orden fáctico se ha relegado a un segundo plano, por detrás del análisis de los conceptos(108), ignorándose que la mayoría de los juicios son «pleitos sobre hechos»(109). Por eso los juristas han tenido dificultades para reconocer que «en la Tierra la verdad es una cuestión de grado» y han creído que los hechos deben quedar demostrados con absoluta certeza(110). Sin embargo, los avances científicos, singularmente los desarrollos de la física cuántica, han puesto de manifiesto más que nunca que el mundo físico no está regido por leyes causales, sino probabilísticas del tipo «si X, entonces Y en un porcentaje Z»(111). Se ha acabado imponiendo el criterio de que el conocimiento empírico, del que el conocimiento judicial no es más que uno de sus tipos, no permite saber con absoluta certeza si un hecho, como el hecho causal, es verdadero; pero sí intentar hallar su grado de probabilidad a partir de los elementos de juicio disponibles y determinadas pautas de racionalidad(112).

El conocimiento de los hechos se fundamenta, pues, en la probabilidad, no en la absoluta certeza, lo que significa que siempre cabe la discrepancia entre lo efectivamente acaecido y lo efectivamente demostrado(113). La posibilidad de tal discrepancia se percibe especialmente

(107) Así, en palabras del profesor Luis MUÑOZ SABATÉ (*Técnica probatoria. Estudio de las dificultades de la prueba en el proceso*, pról. S. Sentis Melendo, Praxis, Barcelona, 1967, pp. 20-21), uno de los primeros autores españoles que se ha ocupado de estas cuestiones. En este orden de ideas, J. A. CRUZ PARCERO (*Los métodos para el jurista*, en AAVV, *Observar la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, prol. M. Atienza, dir. C. Courtis, Trotta, Madrid, 2006, p. 34) señala que «los problemas de prueba de hechos se presentan como una de las actividades centradas relacionadas con la actividad de los juristas», pero que, tradicionalmente, los estudios jurídicos les han prestado poca atención, «pues se ha partido de la idea de que el jurista debe ser experto en leyes». En sintonía con este autor, C. COURTIS («Detrás de la Ley. Lineamientos de análisis ideológico del Derecho», en AAVV, *Observar la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, prol. M. Atienza, dir. C. Courtis, Trotta, Madrid, 2006, p. 378) considera que «un área notablemente abandonada por la teoría ortodoxa y también por los abordajes con pretensiones críticas es la de la interpretación de hechos y pruebas».

(108) Así, nuevamente, L. MUÑOZ SABATÉ (*idem*). Para este autor, «no es que no falten voces denunciando este lamentable olvido de nuestro juristas; desde el timbre

audaz y sonoro de CALAMANDREI cuando ridiculizaba la figura del abogado «especialista en cuestiones de derecho», hasta la inquietud reformadora de SENTÍS MELENDO hablándonos del mito de la *ciencia del derecho* y la *vulgaridad del hecho*. Pero lo que ocurre es que generalmente hay pocos jueces y abogados que se dediquen a investigar derecho, con lo cual los estudios fácticos andan muy escasos de quienes podrían ser sus mejores técnicos y filósofos» (*idem*).

(109) En este sentido, Jerome FRANK, *Derecho e incertidumbre*, 2ª ed., trad. original inglés Short of sickness and death: a study of moral Responsibility in Legal Criticism, NY Univ. L. Rev., oct. 1951, núm. 4, C. M. Bidegain, pról. J. Cueto Rúa, Fontamara, Mexico D. F., 1993, p. 37.

(110) *Ibidem*, p. 40. A juicio de este autor, «ningún hombre honesto y sensato negará que es esencial moralizar las normas jurídicas. Pero esa necesidad ha ganado ya amplio reconocimiento. Es mucho más importante hoy proclamar la necesidad, casi completamente descuidada, de moralizar el proceso que conduce a la determinación de los hechos en nuestros tribunales de primera instancia» (p. 137).

(111) M. GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, cit., p. 21.

(112) *Ibidem*, pp. 42-45.

(113) Sobre esta cuestión es imprescindible la obra de Karl Raimund POPPER, en

en el proceso, por los límites añadidos del conocimiento judicial de los hechos; y se siente intensamente como un problema en algunos de ellos, por la insuficiencia de los elementos de juicio en que apoyar las declaraciones de hechos probados(114). Esto es lo que, como hemos visto, ocurre en muchos asuntos de responsabilidad civil, en relación con la causalidad, donde, a veces, la imposibilidad de acreditarla no elimina la sospecha de que estuvo presente el mundo real(115). Esta sospecha, basada en la asunción de que el conocimiento es imperfecto y de que, a veces, lo es especialmente cuando refiere al hecho de la causalidad en el contexto de un litigio, explica en gran medida el surgimiento de las doctrinas de la oportunidad perdida, el incremento del riesgo o la denominada «prueba de presunciones». Son técnicas que, en cierto modo, regulan la incertidumbre bajo el entendimiento de que a veces hiere la sensibilidad justicial que la víctima quede sin reparación por la incapacidad de averiguar lo que habría sucedido realmente, de no haber mediado el hecho ilícito. De este modo, intentan encararse las dudas que afectan al juzgador que debe pronunciarse sobre algunos complejos entramados causales. Son supuestos en que suelen entrecruzarse numero-

particular, *La lógica de la investigación científica*, trad. V. Sánchez de Zavala, con apéndices y notas nuevos, Tecnos, Madrid, 1962; *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones*, trad. N. Míguez, Paidós, Barcelona, 1994; *Búsqueda sin término. Una autobiografía intelectual*, trad. C. García Trevijano, Alianza Editorial, Madrid, 2002. Un debate reciente sobre esta cuestión en AAVV, *La certeza, ¿un mito? Naturalismo, falibilismo y escepticismo*, comp. J. Beltrán y C. Pereda, Unam, México, 2002.

(114) Sobre la cuestión, además de la obra de la profesora M. GASCÓN ABELLÁN, pueden consultarse, J. FERRER BELTRÁN, *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 27-48; D. GONZÁLEZ LAGIER, *Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal*, Jueces para la Democracia, núms. 46-47, 2003, <http://www.cervantes-virtual.com>; N. GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, pról. L. Ferrajoli, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 19 ss.; A. NIETO GARCÍA, *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000, pp. 236-237, y *Los límites del conocimiento jurídico*, con comentarios de A. Gordillo, Trotta, Madrid, 2003, pp. 41-42. Fundamental en este punto es la doctrina italiana: L. FERRAJOLI, *Derecho...*, cit., pp. 50 ss.; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 143-166, 361-377.

(115) A. M. HONORÉ (*Causation and re-*

moteness of damage [Cap. 7º], en vol. 11º de la *Internacional Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen/Paris/New York, 1983, p. 76) se ha referido a las dificultades de demostrar la causalidad, algunas de las cuales se deben a que, por tratarse de un hecho hipotético, no puede disponerse de prueba directa, debiéndose utilizar máximas y generalizaciones sobre cómo se desarrollan normalmente los acontecimientos. El problema de la prueba del nexo causal en el ámbito de la responsabilidad civil entronca así con el problema del conocimiento empírico. Ilustrativo es en este sentido la obra del argentino I. H. GOLDENBERG (*La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1984, n. 36, p. 20), referencia indiscutible de los trabajos en lengua española en torno al elemento causal del sistema de responsabilidad civil: «En el ámbito de la física, pues, no es aceptable ya un determinismo causal rígido, fenómeno que registra la teoría de los *quanta* en el sentido de que la energía se libera en «saltos» discontinuos e irregulares, cuyo origen y dirección no son aún conocidos. Ello conduce a un concepto flexibilizado de *causa*, donde se habla de verdades aproximadas en lugar del riguroso mecanicismo hasta entonces imperante. Como se advierte, los principios que otrora aparecían como leyes comprobadas en el dominio de las ciencias naturales constituyen actualmente tan sólo una mera *probabilidad*».

los factores, además del hecho ilícito, lo que torna muy dificultosa la tarea de enlazar el daño con la emisión desencadenante originaria(116), a la vez que genera la sensación de que es injusto que por esto la víctima quede privada de tutela resarcitoria.

1.2. Otras técnicas de facilitación probatoria

1.2.1. La denominada prueba por presunciones

La denominada «prueba por presunciones» hace referencia a un recurso probatorio utilizable con carácter general, en todo tipo de pleitos(117), pero que, como pone insistentemente de manifiesto la doctrina especializada, está llamado a desenvolver un papel fundamental en los procesos de responsabilidad civil cara a facilitar la prueba del nexo de causalidad(118). Las presunciones (*hominis* o simples), reguladas en el artículo 386 LEC(119) (idéntico en lo sustancial al derogado artículo 1253 CC), alivian en parte la tarea probatoria, pues permiten al juez valorar la certeza de un hecho a partir de indicios suficientemente significativos. Con base en ellas, puede conectarse el hecho desconocido (la causalidad) con los conocidos (los hechos base o indicios) a través de reglas o máximas de experiencia que reflejan realidades empíricamente observadas(120).

(116) Se han referido a estas complejas series causales W. HOPF, *Kausalität und nicht-experimentelle Daten: Ein Beispiel aus der empirischen Bildungsforschung*, en AAVV, *Kausalität und Zurechnung über Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, dir. W. Lübke, De Gruyter Berlin, 1994, pp. 245-248; G. J. FIERRO, *Causalidad e imputación. Caso fortuito. Imputación objetiva. Tentativa. Delitos de omisión, culposos y preterintencionales. Causalidad científica. Delito imposible*, Astrea, Buenos Aires, 2002, pp. 131, 159.

(117) Como ha notado NIETO (*El arbitrio...*, cit., p. 244), «la llamada prueba de indicios no es excepcional, antes al contrario, la más habitual de las pruebas, dado que sólo muy raramente pueden considerarse probados los hechos de forma directa».

(118) En relación con la responsabilidad civil médica, J. ATAZ LÓPEZ, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1985, p. 346; A. LUNA YERGA, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*, pról. P. Salvador Coderch, Thomson/Civitas, Madrid, 2004, pp. 431-451; F. PANTALEÓN PRIETO, Comentario art. 1902, cit., p. 1983; F. REGLERO CAMPOS, *El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas*, en AAVV, *Tratado de Responsabilidad Civil*, bajo su coord., Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 337-339.

En supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, O. MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, pról. T. Font i Llovet, Civitas, Madrid, 2000, nota 346, p. 237; en supuestos de daño ambiental, entre otros, J. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 192-195, N. ÁLVAREZ LATA, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Capítulo XX, en AAVV, *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord. F. Reglero Campos, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 1729-1734); en casos de responsabilidad por productos defectuosos, P. GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas*, 2ª ed., Comares, Granada, 2006, p. 289.

(119) «A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano».

(120) Vide M. SERRA DOMÍNGUEZ, *Normas de presunción en el Código civil y Ley de arrendamientos urbanos*, Nauta, Barcelona, 1963.

El Tribunal Supremo, en supuestos de responsabilidad por contagios transfusionales, ha acudido de manera particularmente explícita a la técnica presuntiva. Así, la sentencia de la Sala 1ª, de 18 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1240), que tuvo por probada con base en una presunción judicial la relación de causalidad entre la transfusión realizada a la víctima con ocasión del tratamiento de una trombosis venosa en su pierna derecha y la infección del retrovirus VIH: «No se ha acreditado que el fallecido demandante perteneciese a grupo alguno especial de riesgo, ni que con posterioridad a las transfusiones antes mentadas hubiera llevado a cabo conductas aptas para producir el contagio de la citada enfermedad. Entre los hechos que se acaban de exponer como ciertos y el que se trata de acreditar existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano que lleva a tener por probada la relación de causalidad discutida vía presunción, según lo previsto en el artículo 1253 del Código Civil» (121).

1.2.2. La teoría del incremento del riesgo

La teoría de la creación de riesgo, desarrollada en países como Francia (*théorie de la creation d'un risque; théorie de la causalité atténuée*) o Estados Unidos (*Increased Risk of Harm Approach; Relaxed Causation Approach*), ha tenido alguna aplicación en España (teoría de la creación de un riesgo; teoría de la causalidad atenuada); y persigue, como la técnica presuntiva, favorecer la demostración del nexo de causalidad. No obstante, su virtualidad es distinta (122). Tal teoría, partiendo de la consideración de que el comportamiento del agente incrementó objetivamente el riesgo de que se desencadenara la lesión, suaviza el estándar ordinario de prueba, rebajando el grado o nivel de probabilidades que normalmente es necesario para tener por cierto o demostrado el hecho de la causalidad (123).

La técnica de la presunción ha sido desarrollada en los sistemas de responsabilidad civil de otros países bajo diferentes denominaciones: prueba *prima facie* o *Anscheinsbeweis der Kausalität* (Alemania), regla de que *res ipsa loquitur* o «las cosas hablan por sí mismas» (*Common Law*) o teoría de la causalidad virtual o *causalité virtuelle* (Francia). Un amplio estudio de estos mecanismos en A. LUNA YERGA, *La prueba...*, cit., pp. 431-451.

(121) Un comentario a esta sentencia y a otras que han acudido a la presunción para tener por demostrada la causalidad en casos de responsabilidad médica (SSTS, Sala 1ª, de 3 de diciembre de 1999 [RJ 1999, 8532]; 11 de abril de 2002 [RJ 2002, 3382]) en A. LUNA YERGA, *La prueba...*, cit., pp. 536-544. Un amplio elenco sobre la utilización de este mecanismo en supuestos de responsabilidad por productos (SSTS, Sala 1ª, de 23 de junio de 1993 [RJ 1993, 5380], 8 de febrero de 1995 [RJ 1995, 1630], 25 de marzo de 1991 [RJ 1991, 2443]) en P. GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Responsabilidad...*, cit., pp. 389-306.

(122) Esta teoría y su desarrollo en los ordenamientos francés, estadounidense y español se analiza con cierto detenimiento en el Cap. V, ap. III. Más adelante se aclaran las diferencias entre este planteamiento y otros con idéntica o parecida denominación (en este Cap., ap. III.2.1.2).

(123) Es preciso diferenciar este planteamiento de la teoría del mismo nombre (*Risikoerhöhung*) formulada por el penalista Claus ROXIN (*Derecho penal. Parte General*, t. I, *Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, 4ª reimpr., trad. 2ª ed. alemana de D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal, Thomson/Civitas, Elcano, 2006, pp. 379-384), que ha tenido una considerable acogida doctrinal. La teoría alemana, según sus expositores, se aplica una vez apreciada la existencia de una etiología material o natural, para determinar si la causa física probada cobra o no relevancia jurídica. Es, pues, un criterio, que, al menos según sus expositores, no opera en el ámbito de la causalidad física, relajando el estándar de probabilidad con el que valorar si el hecho ilícito provocó o

Hay una jurisprudencia menor en supuestos de contagios transfusionales que, como ha puesto de manifiesto SEUBA TORREBLANCA, fundamenta abiertamente la relación causal en la mera probabilidad, invocando, a veces, la idea del «incremento del riesgo»(124). Así, por ejemplo, la STSJ Canarias, Sta. Cruz de Tenerife, Sala Contencioso-administrativa, de 5 de septiembre de 2000 (RJCA 2001, 303), que considera demostrado el nexo causal por el simple dato de haber recibido transfusiones y hemoderivados en el entendimiento de que esto «*hace probable, desde un punto de vista epistemológico, que la infección la haya adquirido por esta vía*»; Navarra, Sala Social, de 9 de junio de 1999 (AS 1999, 2074), que declara que «*esta mera posibilidad [que la hepatitis C pueda provenir del hemoderivado] permite establecer el nexo causal entre el daño inferido a la actora y el tratamiento efectuado al no haber logrado acreditar el Organismo demandado que la reclamante era portadora del virus de la hepatitis C antes de sufrir la operación*»; Galicia, Sala Contencioso-administrativa, de 8 de mayo de 1997, que, pese a la existencia de otras posibles fuentes de contagio, consideró que la transfusión constituía el «*factor de riesgo último que por su enorme porcentaje de casualidad se revela como decisivo*»(125).

1.2.3. Comparación

El mecanismo presuntivo intenta justificar la solución indemnizatoria sin alterar la teoría general de la causalidad (que impone un determinado estándar probatorio) ni la teoría general de la prueba (que admite la prueba por presunciones). En cambio, la teoría del incremento del riesgo justifica la respuesta resarcitoria adoptando una corrección o modulación puntual de la concepción general de la causalidad física (se reduce el nivel ordinariamente exigido de probabilidad) e, incluso, de la noción legal de presunción simple. En relación con este último extremo, la doctrina del riesgo aumentado, al menos en el Derecho español, se presta a favorecer que se induzca la causalidad material a partir de otros hechos conocidos, aunque su enlace sólo sea posible o probable; y no *directo y preciso*, es decir, aunque no esté dotado del alto grado de verosimilitud o probabilidad de certeza que exige el artículo 386 LECiv. De ahí que, si resulta indiscutible la admisibilidad de la técnica presun-

no materialmente el daño; sino en el de la causalidad jurídica (imputación objetiva), determinando si cabe atribuir relevancia jurídica a una causa física acreditada. Según veremos, no siempre resulta sencillo determinar cuándo la idea del «incremento de riesgo» se emplea para facilitar la prueba del nexo causal natural; o para otorgar relevancia jurídica a una etiología demostrada. De esta cuestión me ocupo en el Capítulo IV (ap. III.2.2).

(124) J. C. SEUBA TORREBLANCA, *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas. Respuestas jurídicas al contagio transfu-*

sional del SIDA y de la hepatitis, Madrid, Civitas, 2002, pp. 216, 219.

(125) Estas y otras sentencias (STSJ Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, de 18 de mayo de 1998 [AS 1998, 2525]; Canarias, Las Palmas, Sala Contencioso-administrativa, de 14 de abril de 1998 [RJCA 1998, 2535]) han sido estudiadas en J. C. SEUBA TORREBLANCA, *Sangre contaminada...*, cit., pp. 216-220; donde se aporta, además, una interesante visión de conjunto, con indicación de los diversos criterios jurisprudenciales utilizados para la afirmación de la relación causal (pp. 211-227).

tiva, no esté tan clara la compatibilidad de la teoría de la creación de riesgo con el sistema jurídico español(126).

Si se comparan las sentencias expuestas sobre transfusiones sanguíneas, puede constatarse cómo inducir la causalidad a través de indicios (la técnica presuntiva) o conformarse con un grado de probabilidad menor que el habitual (la teoría del incremento del riesgo) son recursos de facilitación probatoria cercanos, pero distintos. El que la víctima sufriera una enfermedad infecto-contagiosa, fuera sometida a una transfusión o recepción de hemoderivado, no estuviera infectada con anterioridad y no perteneciera a un grupo de riesgo parecen constituir indicios suficientes para inducir la relación causal conforme al *id quod plerumque accidit*, esto es, conforme al riguroso y común parámetro probatorio (STS, Sala 1ª, de 18 de febrero de 1997)(127). Pero si resulta acreditado que la víctima formaba parte de un grupo de riesgo –se demuestra un contacto habitual con prostitutas–, la afirmación de la relación causal pasa, según la jurisprudencia analizada, por relajar el estándar ordinario de prueba, bastando un nivel de probabilidades desde luego inferior al que marca la pauta de la regularidad de los acontecimientos (STSJ Galicia, Sala Contencioso-administrativa, de 8 de mayo de 1997)(128).

(126) De ahí que el profesor PANTALEÓN PRIETO haya escrito: «Es sin duda admisible la prueba de presunciones (v. la muy importante STS 2ª 12-5-86; y comp. La muy generosa STS 28-2-75 con la STS 9-7-85). Pero no cabe sostener con carácter general que, constatada la creación por el demandado de un riesgo de producción del evento dañoso acaecido, le corresponde a él la prueba de la que fue otra causa la que en verdad lo produjo» (Comentario art. 1902, cit., p. 1983). Una crítica a la teoría del incremento del riesgo en Cap. V (ap. IV).

(127) Sobre el principio de normalidad, regularidad o *id quod plerumque accidit*, Cap. IV, ap. III.3.3.1.

(128) Es evidente que resulta más sencilla la diferenciación de estas técnicas en el plano teórico que en el práctico. Quizá por esto hay una doctrina civil que parece dar a entender que la presunción simple de causalidad entraña una suavización de los parámetros probabilísticos de prueba (cosa que no es estrictamente cierta) y que es sólo excepcionalmente utilizable (cosa que es radicalmente incorrecta). Se trata de planteamientos que, referidos inicialmente a la técnica presuntiva, acaban aproximándose, en realidad, a la teoría del incremento del riesgo que es la que rebaja el umbral probabilístico de convicción en supuestos puntuales, caracterizados por la carencia de medios y conocimientos de la víctima a la hora de probar el nexo causal. Así, por ejemplo, el profesor REGLERO CAM-

POS, al abordar la cuestión de la prueba de la relación causal, parece entender que, como «principio general», es preciso dar una «cumplida acreditación del nexo causal» conforme al *id quod plerumque accidit* (*El nexo...*, cit., p. 337). Señala después que «[n]o obstante, esta doctrina debe tener su contrapunto en aquellas actividades profesionales o empresariales (responsabilidad médica, daños por productos...) en las que al perjudicado le puede resultar particularmente costoso averiguar la causa del hecho dañoso» (*ibidem*, p. 338). En estos casos, «es concebible hablar de presunción de causalidad en aquellas hipótesis en que desconociéndose la causa exacta del hecho dañoso, exista una razonable probabilidad de que provenga de la conducta o actividad del demandado» (*ibidem*, pp. 338-339). En esta línea, pero refiriéndose a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, O. MIR PUIGPELAT (*La responsabilidad... causalidad*, nota 346, p. 237) señala que «ante la dificultad probatoria propia de la asistencia sanitaria, y ante la desigual posición de las partes implicadas (víctima y Administración) en el momento de esclarecer los hechos (la víctima, lastrada con la carga de la prueba, se ve dificultada, al menos, por la frecuente actitud obstaculizadora de la Administración a que se ha hecho referencia; por sus propios desconocimientos; y por los perentorios plazos de prescripción de la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial –un año–), parece aconsejable admitir las presunciones

La doctrina de la pérdida de oportunidad garantiza una indemnización a la víctima cuando no puede acreditarse que la pérdida de una determinada ventaja entronca derechamente con el hecho ilícito, si las probabilidades de que hubiera conseguido la ventaja no eran desdeñables. Se trata, en definitiva, de una teoría que extiende la tutela resarcitoria a una serie de supuestos en los que la causalidad es sólo posible o probable, pero no cierta o segura. Las presunciones simples y la teoría del incremento del riesgo sirven para que el juzgador tenga por demostrada la causalidad en supuestos difíciles. La doctrina de la pérdida de oportunidad puede entrar en juego también en ese tipo de casos, pero sólo cuando no haya podido acreditarse la concurrencia del nexo de causalidad porque el operador jurídico encargado de apreciarla considere que las probabilidades de que la víctima no hubiera sufrido el daño no alcanzan el nivel suficiente para formar la convicción de que el agente provocó el daño. La corrección técnica de la doctrina de la pérdida de oportunidad, al igual que la teoría del incremento del riesgo, es discutible, pues supone también la alteración de la teoría clásica de la causalidad, que impone la exoneración de todo aquel que no aparece como causante⁽¹²⁹⁾. Lo que interesa subrayar ahora es, sencillamente, que la doctrina de la pérdida de oportunidad, al igual que la técnica presuntiva y la teoría del incremento del riesgo, pretende auxiliar a la víctima que se encuentra en dificultades a la hora de probar que el daño padecido es consecuencia del hecho ilícito; y que, a diferencia de éstas, no persigue una estricta facilitación de la prueba del nexo causal, sino indemnizar a la víctima, precisamente, cuando el lazo etiológico no se tenga por cierto y demostrado.

2. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD COMO TÉCNICA ANTE LA INCERTIDUMBRE CAUSAL: EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA «CHANCE»

2.1. *La incertidumbre causal como criterio delimitador*

2.1.1. *La incertidumbre causal estricta o la seriedad de la posibilidad de ventaja*

2.1.1.1. Significado

La doctrina de la pérdida de oportunidad se emplea en supuestos

en este concreto ámbito de la responsabilidad administrativa». Aunque estos profesores se refieren al juego de las presunciones, podrían estar defendiendo, en realidad, que, en supuestos difíciles, el juez aprecie la causalidad basándose en probabilidades inferiores de las ordinariamente exigidas. El profesor VILLAR ROJAS (*La responsabilidad...*, cit., p. 153) se muestra cauteloso ante estas tendencias, avisando del «peligro de presumir la causalidad». Téngase en

cuenta, no obstante, que el autor se refiere a la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, que entiende que es de carácter objetivo. Sobre el título de imputación operativo en estos casos, Cap. III, ap. II.3.1.2.

(129) Hay que tener en cuenta, además, otra notable diferencia entre la teoría del incremento del riesgo y la doctrina de la oportunidad perdida. Las dos brindan a los perjudicados tutela resarcitoria en pre-

de estricta incertidumbre causal. Quedan al margen los casos en que hay la razonable certeza de que el agente dañoso provocó el daño o la de que dejó de ocasionarlo. La técnica de la *chance* es, pues, un remedio con que encarar la incertidumbre y que, consecuentemente, deja de utilizarse cuando hay la alta probabilidad de que el hecho ilícito generó el daño o la de lo contrario porque en un caso se tiene la certeza de que hubo nexo causal y en otro la de que no pudo haberlo. Así pues, se acude a ella cuando el coeficiente de probabilidades de que el agente dañoso fuera causante rebasa un mínimo despreciable y no llega a la alta cota que lleva a hacer coincidir el daño ocasionado con la pérdida de la ventaja frustrada.

El ámbito de aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad queda, pues, acotado entre dos extremos, uno negativo y otro positivo, constituido el primero por la nula probabilidad que comporta una mera posibilidad, y constituido el segundo por una alta probabilidad que se convierte en razonable certeza. En el primer caso, no hay pérdida de oportunidad porque se tiene la certeza de que no hubo nexo causal; y, en el segundo caso, tampoco, pues hay la seguridad relativa de que la pérdida de la ventaja final derivó del hecho ilícito. Así pues, si las probabilidades de consecución eran insignificantes, se entiende que no hay una oportunidad perdida; y ello supone que el supuesto perjudicado no sufre, por razón de esa concreta pérdida, el más mínimo detrimento. Si, en cambio, el perjudicado contaba con un muy alto porcentaje de probabilidades para obtener la ventaja, el daño sufrido no es la pérdida de la oportunidad sino la pérdida de la ventaja, de modo que, fijada la certeza de su privación, la indemnización ha de coincidir con el valor de la ventaja, sin que entre en juego la doctrina de la *chance*.

Con base en tal planteamiento, cabe distinguir tres supuestos atendiendo al grado de incertidumbre causal y al tipo de respuesta resarcitoria. Cuando la probabilidad es nula, escasa o insignificante, la víctima no tiene derecho a indemnización porque no puede afirmarse el nexo de causalidad ni se está ante un supuesto de estricta incertidumbre al que pueda aplicarse la doctrina de la pérdida de oportunidad. Cuando esa probabilidad es alta o suficiente, la víctima tiene derecho a una reparación total porque hay lazo causal, sin que pueda tampoco entrar en juego la doctrina de la *chance*. Cuando la probabilidad no es insignificante, pero tampoco es alta, es decir, cuando las posibilidades de que la víctima hubiera conseguido la ventaja son serias y reales, pero insuficientes para tener por cierto el hecho causal, la víctima puede tener derecho

sencia de una probabilidad relevante, aunque normalmente insuficiente. Ahora bien, la segunda beneficia más al agente dañoso, pues la figura de la *chance* impide que tenga que resarcir la totalidad del valor de

la ventaja frustrada. En este sentido, C. MÜLLER (*La perte...*, cit., pp. 209-210), quien señala que la teoría de la pérdida de la *chance* no se pone exclusivamente al servicio de los perjudicados.

a un resarcimiento (parcial) en concepto de *chance* irreversiblemente sacrificada.

El concepto técnico de oportunidad remite así a la posibilidad fundada, real, seria(130), «*non trascurabile*»(131), lo que supone dejar fuera las innumerables situaciones de utilidad potencial que, constituyendo oportunidades, son comunes en el desenvolvimiento de la existencia de las personas(132), es decir, la plétora de genéricas situaciones de posible utilidad adscritas a las condiciones de cada individuo(133). Sólo encajan en la noción de *chance* la posibilidad relevante (no despreciable) de obtener un resultado útil(134). Oportunidad real, seria o fundada es, pues, aquella que contiene un grado apreciable (notable) de probabilidad, siempre que no se halle rayana en la certeza.

Es lo que se ha llamado la «dignidad de la *chance*»(135); y es la idea que acoge la jurisprudencia italiana cuando declara que la posibilidad de obtener un resultado favorable ha de ser «consistente»(136), diferenciando así las específicas oportunidades de las genéricas de las que goza cualquier individuo y que pueden multiplicarse *ad infinitum*(137). Se dice así que la pérdida de esa esperanza sólo debe ser resarcida en el caso de que esté razonablemente fundada y no sea falaz, porque, en este caso, carece de entidad(138). Porque, en definitiva, sólo tiene rango resarcible la oportunidad perdida cuando era real y no lo es cuando se trata sólo de la «pérdida de una ilusión»(139). Se impone así la distinción entre la probabilidad de éxito (*chance* resarcible) y la mera posibilidad de conseguir la utilidad esperada (*chance* irresarcible)(140). Con ello se destaca simplemente que la oportunidad tiene que estar suficientemente caracterizada, es decir, tiene

(130) La doctrina francesa y la belga se refieren a que tiene que ser *réelle* y *serieuse*; y, en el ámbito anglosajón, se habla de *substantial chance*, *substantial possibility*, *appreciable chance*, *significant chance*, sin que lo sea la que corresponde a una *mere speculative possibility*. Cfr. J. BORÉ, *L'indemnisation...*, cit., aps. 27-29, L. R. ELLIS, *Loss of chance as technique: toeing the line at fifty percent*, Texas L. Rev., núm. 72, 1993, pp. 359-402.

(131) F. TRIMARCHI BANFI (*L'ingiustizia del danno da lesione di interessi legittimi*, Dir. proc. amm., 2001/3, pp. 633 ss.) se ha referido a la jurisprudencia italiana que define la *chance* como una posibilidad «consistente» (Cass. núm. 6506, 1987), «*non trascurabile*» (Cass. núm. 2368, 1991.), con una «*ragionevole probabilità*» (Cass. núm. 6864, 1987). A este tipo de calificativos vuelvo a referirme después (Cap. VI, ap. II.2.2).

(132) A. M. PACCES, *Alla ricerca delle «chances» perdute: vizi (e virtù) di una costruzione giurisprudenziale*, coment. S. Tr. Roma, 28 oct. 1999, Danno resp., 2000/6, p. 663.

(133) *Ibidem*, p. 664.

(134) *Idem*.

(135) *Ibidem*, p. 661.

(136) Sentencia del Tribunal italiano de Casación, de 4 de julio de 1986, núm. 2368, Foro it., 1991/1, c. 1793.

(137) A. M. PACCES, *Alla ricerca...*, cit., p. 661.

(138) Por eso dice M. ROSSETTI (*Il danno da perdita di «chance»*, Riv. giur. circ. trasp., 2000, p. 670) que carece de sentido sostener que debe resarcirse la esperanza frustrada que tenía un bosquimano octogenario de llegar a ser el Presidente de los EEUU y que del mismo sentido carece la esperanza frustrada que un jugador de fútbol, treintañal y perteneciente a un equipo de tercera división, tenía de ser fichado por el Real Madrid.

(139) G. VINEY, *Les conditions...*, cit., ap. 280, nota 383, p. 76.

(140) Sentencia del Consiglio di Stato (Secc. VI), de 31 de marzo de 2006.

que expresar un grado no desdeñable de probabilidad de que la víctima habría obtenido la ventaja que auspiciaba de no haber intervenido el hecho ilícito.

2.1.1.2. La oportunidad perdida como remedio subsidiario. Uso y abuso de la doctrina de la «chance»

De todo lo expuesto se deduce que el remedio resarcitorio de la oportunidad perdida tiene siempre, materialmente, un carácter subsidiario, porque sólo puede acudir a él cuando resulte imposible atribuir al agente dañoso el básico resultado perjudicial, es decir, la no obtención del resultado favorable pretendido o la no evitación de un resultado desfavorable, el denominado perjuicio final. Ésta es la razón de que no pueda emplearse la técnica de la *chance* cuando se plantean los efectos de la pérdida de la capacidad productiva de un niño que queda totalmente impedido para el desenvolvimiento de cualquier actividad profesional. En este caso, estamos ante un supuesto de lucro cesante (pérdida de capacidad de ganancia y, por lo tanto, pérdida segura de ganancia segura) en el que se resuelve de forma positiva y sin especial dificultad la cuestión del *an*, aunque resulte problemática la fijación de su *tantusdem*. Hay que considerar seguro (razonablemente seguro: *id quod plerumque accidit*) que el lesionado habría trabajado en el futuro y obtenido los correspondientes rendimientos de su actividad laboral. Por eso, por afirmarse el nexo causal y la certeza del daño, queda el supuesto al margen de la figura de las oportunidades perdidas⁽¹⁴¹⁾.

La SAP de Albacete núm. 264/2005, de 20 de diciembre (JUR 2006, 27464) aporta un buen ejemplo de inaplicación de la teoría de la *chance* por ausencia de incertidumbre causal. Un letrado no interpuso la demanda de juicio ejecutivo del automóvil y dejó pasar el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil por daños producidos en accidente de circulación. El cliente formalizó demanda contra él reclamando la indemnización que habría obtenido de no haber mediado el incumplimiento del contrato de arrendamiento de servicios que habían suscrito. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Albacete aplicó la teoría de la oportunidad

(141) Aplican impropriamente la doctrina de la *chance* a estos casos, G. GIANNINI, *Danno biologico e danno patrimoniale*, en AAVV, *Il danno. Biologico, patrimoniale, morale*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1995, pp. 89, 95; y V. DI GREGORIO, *La valutazione...*, cit., p. 748. También M. M. ZAVALA DE GONZÁLEZ, cuando considera (*Resarcimiento...*, cit., pp. 304-305, 447) que la pérdida de capacidad económica consecuente al efecto impeditivo de unas lesiones corporales es una pérdida de *chances* para el desenvolvimiento de la propia vida económica. Téngase en cuenta que el daño constituido por la pérdida de la posibilidad de conseguir una utilidad segura es un daño, digamos, ordina-

rio que queda al margen del concepto técnico del daño por una oportunidad perdida, pues éste consiste en la pérdida de la posibilidad de conseguir una utilidad insegura. Sobre la correcta calificación del perjuicio económico que sufre un niño que queda totalmente incapacitado para cualquier actividad laboral, vide P. JOURDAIN, en G. VINEY, *Les conditions...*, cit., ap. 118, p. 222; y, con referencia a casos célebres de la práctica judicial italiana (los casos *Gennarino* y *Renatino*), M. MEDINA CRESPO, *Daños corporales y Carta Magna. Repercusión de la doctrina constitucional sobre el funcionamiento del sistema valorativo*, Dykinson, Madrid, 2003, nota 174 pie pp. 92-93.

perdida, declarando el derecho del recurrente al resarcimiento, no de la suma que habría podido obtenerse, sino de la pérdida de la posibilidad de que su causa hubiera sido enjuiciada. La SAP estimó el recurso de apelación y revocó la sentencia de instancia. Estimó que era improcedente la aplicación de la teoría de la *chance* porque ésta presupone una «*inconcreción causal*» que no se da en el caso. A juicio de la Audiencia, podía afirmarse el lazo causal o, lo que es lo mismo, apreciarse que la reclamación indemnizatoria frustrada habría sido estimada. Por eso considera que, al manejarse la técnica de la oportunidad perdida, se minoraron las posibilidades indemnizatorias de la víctima «*hasta convertirlas en una simbólica indemnización por daño moral*», cuando lo procedente era aumentarlas y posibilitar «*una indemnización por pérdida de patrimonial equivalente a la cantidad fijada en el Auto de cuantía máxima*»(142).

Mucho más confuso resulta el manejo que de la figura de la *chance* se realiza en la SAP Málaga (Secc. 7ª, sede en Melilla), núm. 107/2000, de 27 de octubre (JUR 2001, 86648). Según se desprende del (muy parco) relato fáctico de la sentencia, los arrendatarios de una finca que venían utilizando como *Pub* contrataron a dos empresas para la ejecución de unas determinadas obras. Éstas omitieron la realización de todos los trabajos, impidiendo la reapertura del establecimiento y ocasionando algunos gastos de reparación. El juez de primera instancia declaró la responsabilidad civil de aquellas empresas, pero limitó la indemnización al daño emergente. Se desestimó la compensación del lucro cesante por considerar que no había quedado demostrado que los demandantes tenían la intención de reabrir el establecimiento. Apelada la sentencia, la Audiencia estimó que procedía apreciar la existencia del lucro cesante porque escapa a las reglas de la lógica y la sana crítica concluir que el apelante no habría explotado su actividad comercial si no hubieran tenido lugar aquellos sucesos. Esta solución es, a mi juicio, razonable, si bien considero inadecuada la invocación que esta sentencia hace de la doctrina de la *chance*. Tras subrayar que por

(142) Se trata de un valioso pronunciamiento que acierta a acotar el ámbito de aplicación de la doctrina de la oportunidad, evitando que se convierta en un instrumento con el que reducir el alcance de la reparación de daños seguros. La Audiencia declara literalmente que «[I]a teoría de la pérdida de oportunidad de ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva formada en torno al arrendamiento de servicios profesionales de defensa letrada parte de un presupuesto que no se da en el caso de autos, esto es, la subjetividad en la interpretación del Derecho y el margen de discrecionalidad que en consecuencia preside, como no puede ser de otra forma, la decisión de un tercero ajeno al contrato como es el órgano jurisdiccional. Como ocurre en otros ámbitos de la contratación de servicios profesionales (vgr. los de carácter médico), la obligación de medios que caracteriza a este contrato se objetiviza, aproximándose a la obligación de resultados cuanto más cerrado es el círculo de soluciones posibles

derivadas de una buena praxis. En el presente caso, no puede olvidarse que el proceso que debió iniciarse se caracteriza por la aplicación de una regla de responsabilidad objetiva en referencia a los daños corporales ocasionados en la circulación de vehículos a motor que sólo cede ante una interferencia relevante y probada en la cadena causal por parte del sujeto perjudicado. Por lo tanto, no existiendo razones para pensar que nos hallamos en este caso (ya que de hecho, el Auto de cuantía máxima que debió ser ejecutado considera que las causas del accidente no están clarificadas), la inconcreción causal no opera en este caso, a diferencia de otros supuestos de daños materiales, eliminando o minorando las posibilidades indemnizatorias hasta convertirlas en una simbólica indemnización por daño moral, sino aumentándolas, y posibilitando por lo tanto una indemnización por pérdida patrimonial equivalente a la cantidad fijada en el Auto de cuantía máxima».

elemental equidad debe perseguirse la congrua reparación del daño emergente y del lucro cesante, señala de pasada que pueden recibir cobertura «*las oportunidades reales, «perte d'une chance» para la jurisprudencia francesa y «loss of real opportunities» para la británica*». Si, como señala la Audiencia, había que apreciar la existencia de la relación causal entre el hecho ilícito y la falta de obtención de las ganancias que habrían podido obtenerse, de haber podido abrirse el establecimiento, no se estaba ante una hipótesis de incertidumbre causal sin que, por tanto, cupiera acudir a la doctrina de la *chance*, ni utilizarla siquiera como argumento *ex abundantia cordis*.

Así las cosas, hay que reaccionar frente a una utilización abusiva de la oportunidad perdida consistente en reparar (parcialmente) daños sobre cuya conexión causal no hay dudas razonables; o perjuicios que nada tienen que ver con el hecho ilícito porque, sin éste, es muy probable que hubieran seguido padeciéndose. En el primer caso, hay abuso, por defecto, pues la víctima deja de obtener parte de la reparación a la que tenía derecho; y en el segundo, lo hay por exceso, pues el agente no fue causante o es poco probable que lo fuera. La oportunidad perdida es, pues, la fórmula con que proporcionar tutela en supuestos de estricta incertidumbre, no una técnica con que reducir la indemnización de daños ciertos; ni un instrumento con que vincular a quien casi con toda seguridad no causó el perjuicio(143).

Es preciso hacer una serie de precisiones en torno a las oportunidades que se pierden en el ámbito de las negociaciones contractuales como consecuencia de la infracción del deber de obrar de buena fe. La doctrina de la oportunidad no encuentra aplicación en este tipo de casos, si la víctima quiere hacer valer una *posibilidad de lucro de carácter abstracto*, aportando datos que arrojan, por ejemplo, que el mercado le ofrecía la misma prestación que fue objeto de la negociación fallida(144). La experiencia general y la Ciencia económica enseñan que lo habitual es que quien dispone de medios los utilice de alguna manera(145). Por eso, cuando se demuestra ade-

(143) Más adelante se tendrá la posibilidad de comprobar que los perfiles de delimitación apuntados no son compartidos por toda la doctrina dedicada a la responsabilidad civil (Cap. VI, ap. II.3; Cap. VII, ap. III). La idea de que sólo las víctimas que pierden oportunidades dotadas de una determinada consistencia probabilística (ni muy baja ni muy alta) pueden acogerse a la doctrina de la pérdida de *chance* es la más extendida, pero existen planteamientos, sobre todo en los Estados Unidos, que amplían el campo aplicativo de la teoría, extendiéndolo a supuestos en que el nivel de probabilidad hallado es ínfimo e, incluso, a supuestos en que ese nivel es extremadamente alto.

(144) Se ha referido a las posibilidades abstractas de lucro, C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Publics.

Univ. Catania, Giuffrè, Milano, 1990, p. 544.

(145) Es la idea que la Ciencia económica expresa a través de la expresión «coste de oportunidad». Para comprender este concepto, hay que partir de la evidencia de que la decisión de emplear de una determinada manera un recurso personal, material o financiero siempre excluye la posibilidad de utilizarlo de otra. La alternativa excluida representa un coste, que es el que la Ciencia económica denomina coste de oportunidad y define como el valor del bien o servicio al que se renuncia. Cfr. P. A. SAMUELSON y W. D. NORDHAUS, *Economía*, 15ª ed., McGraw-Hill, Milano, 1995, pp. 126-127; R. G. LIPSE y K. A. CHRYSTAL, *Economía*, Zanichelli, Bologna, 1999, pp. 205-210.

cuadramente la existencia de una abstracta posibilidad, hay que entender resuelto el problema del *an*, es decir, hay que tener por cierto que el hecho ilícito ha impedido la obtención de unas ganancias, aunque no se sepa exactamente su entidad. Esto es verdaderamente trascendental, pues en estas circunstancias el juez está obligado indemnizar: el *onus probandi* que pesa sobre la víctima ha sido satisfecho, pues el requisito de la certeza no se predica del *quantum* sino de la existencia o actualidad jurídica del daño. Se puede afirmar, por tanto, que el carácter abstracto de la posibilidad no excluye la certeza del daño(146).

La doctrina de la *chance* sólo puede aplicarse, en cambio, cuando la víctima pretende hacer valer una *posibilidad concreta de lucro*. Así, y no siempre, en los casos en que el damnificado intenta probar documentalmente o de otro modo que tenía una alternativa *concreta*, que había un negocio específico a su disposición. Acreditada esta circunstancia, si demuestra que el curso normal de los acontecimientos (*id quod plerumque accidit*) habría conducido a la realización y ejecución de aquel negocio, hay que tener por cierto que ha perdido las ganancias, sin que, por tanto, pueda aplicarse la teoría de la *chance*(147). Por ejemplo, si resulta probado que la víctima, por estar inmersa en negociaciones, rechazó una oferta en firme para concluir un contrato cuyo cumplimiento no entrañaba especial dificultad, el beneficio neto que éste le habría reportado podría constituir una pérdida patrimonial causalmente ligada con el hecho ilícito y, por tanto, una pérdida que debe indemnizarse. Pero si este juicio pronóstico o de normalidad arroja elementos de incertidumbre insalvables que impiden afirmar que la víctima habría emprendido *normalmente* esa actividad, cabe hablar de posibilidades serias y reales compensables en concepto de *chance* frustrada(148).

(146) De ahí que TURCO (*Interesse negativo...*, cit., pp. 545-546) diga que no hay que confundir «*fra (certezza o) concretezza della prova del pregiudizio e (certezza o) concretezza dell'alternativa*».

(147) Cfr. C. I. ASUA GONZÁLEZ, *La culpa in contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Serv. Edit. Univ. País Vasco, Bilbao, 1989, p. 290.

(148) El profesor TURCO no afirma ni niega esta posibilidad. El argentino ZANONI (*El daño...*, cit., p. 113) parece admitir la resarcibilidad de estas *chances*: «Lo que aducirá la parte perjudicada como consecuencia de su interés negativo es que, por haber confiado (...) en que la otra parte celebraría efectivamente la operación (...) ha perdido las *chances* de celebrar otro negocio válido que le habría reportado lucro. Por supuesto que la de las *chances* deberá ser probada por quien la alega; pero si esa prueba existe, no sería razonable negar la procedencia por frustración de la *chance*». En cualquier caso, hay que señalar que la noción de *chance* se usa muchas veces en materia de responsabilidad precontractual para hacer referencia a una oportunidad alternativa con abstracción del grado de

probabilidad alcanzado en orden a la determinación de su existencia y realización efectiva. Es frecuente, pues, que se use en un sentido amplio para hacer referencia tanto a la pérdida de un negocio seguro, planteándose una cuestión de lucro cesante, como a la pérdida de una mera posibilidad de negocio, que puede suscitar un problema de *chance* en sentido estricto. Así, por ejemplo, F. FERRO-LUZZI, *L'imputazione precontrattuale. Il preliminarare e le trattative*, Cedam, Padova, 1999, pp. 94-97 parece referirse a la *chance* con esta amplitud de significado. En este orden de ideas, hay que precisar que los conceptos «coste de oportunidad» y «pérdida de oportunidad» no son homologables. El primero pertenece a la Ciencia económica y sirve para medir el valor de la mejor alternativa para calibrar la rentabilidad de la decisión adoptada. El segundo pertenece al Derecho de daños y sirve para reparar parcialmente la pérdida de un beneficio (económico o personal) que quizá pudo obtenerse de no haber mediado el hecho ilícito. La primera noción puede emplearse en el campo de la responsabilidad por (quebrantamiento de la) confianza para referirse a las ganancias que ha-

2.1.2. *La incertidumbre causal irreversible o la inexorabilidad de la pérdida de la posibilidad de ventaja*

La teoría de la *chance* habilita una indemnización cuando, no habiéndose podido demostrar el lazo casual, se acredita que eran serias o considerables las probabilidades de que, de no haber mediado el hecho ilícito, la víctima habría obtenido un beneficio, utilidad o ventaja. Lo que caracteriza esencialmente a la oportunidad perdida como específico concepto dañoso es la combinación de una certidumbre y una incertidumbre; la certidumbre de que estaba fundada la posibilidad de conseguir la ventaja y la incertidumbre de que ésta se hubiera conseguido de no haber intervenido el hecho ilícito(149). Sin embargo, la doctrina deja de aplicarse a algunas hipótesis en que ese género de combinación podría estar presente.

La teoría de la «*chance*» no entra en juego cuando, no pudiéndose asegurar que la víctima perdió la ventaja como consecuencia del comportamiento ilícito del agente (posiblemente) dañoso, subsiste aún la posibilidad de obtenerla en el futuro. La oportunidad de promoción laboral que sacrificó el empresario al incumplir la baremación a la que estaba vinculado no se reputa *chance* si es material y jurídicamente posible que

brían podido obtenerse con otro contrato de no haberse confiado en el éxito del que estaba negociándose con el agente dañoso. Entonces, la idea de «coste de oportunidad» remite a la noción de *lucro contractual cierto*, que no se confunde con la denominada pérdida de oportunidad comercial. Ésta puede entrar en juego cuando ese coste de oportunidad o lucro contractual es incierto porque no puede asegurarse que, sin la conducta defraudadora, la víctima habría obtenido las ganancias de un determinado contrato. Cuando la existencia de un concreto «coste de oportunidad» no es segura, puede decirse que la víctima ha sufrido la pérdida de una oportunidad. Pero si ese concreto «coste de oportunidad» es seguro, no se aplica la doctrina de la *chance*.

(149) J. J. MOSSET ITURRASPE dice que la oportunidad perdida implica la convivencia de una incertidumbre con un coeficiente de certidumbre (*Frustración...*, cit., p. 73). En esta línea, E. A. ZANNONI (*El daño...*, cit., p. 76) y F. DE TRAZEGNIES GRANDA (*Responsabilidad extracontractual*, cit., p. 47) señalan que la consistencia de esta figura dañosa radica en una combinación de certidumbre e incertidumbre. C. SEVERI se refiere también al componente fortuito de la *chance*, al destacar que su realización de-

pende de la voluntad o el comportamiento de quien la posee, pero también de la propia suerte o del comportamiento de terceros, cual sucede con los demás participantes de un proceso de selección (*Perdita di «chance» e danno patrimoniale risarcibile*, Resp. civ. previd., 2003/2, p. 300). En el mismo sentido, F. TRIMARCHI BANFI (*Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Utet, Torino, 2000, p. 75) señala que la *chance*, como concepto que habilita el resarcimiento, ofrece la peculiaridad de que lleva incorporada la incertidumbre en su propia definición. También C. MÜLLER (*La perte...*, cit., p. 255), quien dice que la pérdida de la ventaja pretendida es por definición aleatoria. Por su parte, YZQUIERDO TOLSA (*Indemnización...*, cit., p. 537), firme partidario de la figura y de su consideración como concepto dañoso específico, considera que hablar de pérdida de oportunidad implica por definición referirse a una situación en la que confluyen dos elementos aparentemente contradictorios: la certeza de que, si no se hubiera producido el hecho imputable, el perjudicado habría mantenido la esperanza de obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial; y la incertidumbre definitiva de lo que habría sucedido si no se hubiera producido el evento.

un juez condene a la repetición del concurso interno(150). De igual modo, la posibilidad de que la Administración dictara una resolución favorable no se cataloga técnicamente como *chance* si cabe aún la condena al otorgamiento o a la reanudación del procedimiento(151). En estos casos, los acontecimientos venideros pueden paliar por completo el menoscabo por lo que no puede adjudicarse relevancia resarcitoria al juicio causal del que resulta que, de no haber mediado la infracción, el empleado o el administrado habrían podido obtener la utilidad apetecida(152). Es posible que, al cabo del tiempo, acaben despejándose las dudas en torno a si hubo un daño causado, pues cabe que el agente no sea finalmente autor de un menoscabo. Es lo que, gráficamente, se expresa al señalar que la oportunidad perdida es una *chance* inexorablemente sacrificada(153), una ocasión irremediamente frustrada, una posibilidad que el agente dañoso, con su actuación, ha mutilado definitivamente, una oportunidad de la que la víctima gozaba inicialmente y que resulta cerrada irreversiblemente(154).

(150) O. BONARDI, *Concorsi invalidi: risarcimento della perdita di chance o ripetizione del concorso ora per allora*, nota S. Tr. Cas., Lab., 14 jun. 2000, núm. 8132, Riv. It. Dir. Lav., 2001/2, pp. 463-467.

(151) E. CASSETTA, *Manuale di Diritto amministrativo*, 3ª ed. revis. act., Giuffrè, Milano, 2001, p. 537; G. P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio. Profili sostanziali e processuali*, Cedam, Padova, 2001, pp. 208-209; F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica...*, cit., p. 75. En la jurisprudencia italiana, *ex plurimis*, la sentencia del *Consiglio di Stato*, Sec. IV, de 27 junio de 2001, núm. 825, y las sentencias de los TAR de Liguria, Sec. II, de 6 de julio de 2001, núm. 825; Apulia, Bari, de 17 mayo de 2001, núm. 1761; Friuli-Venecia Giulia, de 10 de febrero de 2001, núm. 44, y de 13 de marzo de 2001, núm. 130; Basilicata, de 29 de enero de 2001, núm. 96; Lombardía, Milán, Sec. I, de 22 de diciembre de 2000, núm. 9158; Calabria, de 31 de mayo de 2000, núm. 645; Apulia, Bari, Sec. II, de 23 de marzo de 2000, núm. 1248; Lombardía, Brescia, de 14 de enero de 2000, núm. 8. En contra, la sentencia del TAR Apulia, Sec. Lecce, 16 de abril de 1999, núm. 418. También la importante sentencia del *Consiglio di Stato* de 31 de marzo de 2006, comentada en Cap. IX, ap. II.5.2.3.

(152) No obstante, bajo la óptica de la doctrina de la *chance*, las ganancias que se habrían podido obtener *medio tempore*, desde la comisión de la infracción y la definitiva consecución de la utilidad deseada, pueden ser (parcialmente) reparadas en

concepto de oportunidad perdida (ejemplos en Cap. IX, ap. II.5.3). Además, puede ocurrir que, a la espera de la resolución final (que en este caso llegó con retraso, no porque se haya incumplido el plazo máximo de terminación, sino porque la resolución anteriormente dictada ha sido declarada ilegal, viéndose obligada la Administración a retomar el procedimiento), el particular, para sostener su pretensión, pudo inmovilizar capitales u otros recursos, descartar otros negocios y realizar determinados gastos. Los efectos perjudiciales de este tipo de decisiones corren a cargo, en principio, de quien las lleva a cabo, pero en este caso, pueden ser endosables a la Administración porque, al dictar inicialmente una resolución ilegal, ha colocado ilícitamente al interesado en una situación de incertidumbre, que es la que ha motivado la adopción de aquellas decisiones. Si la Administración hubiera resuelto bien la primera vez, el interesado habría sabido a qué atenerse, y si el acto final hubiera sido desfavorable, pero legal y tempestivo, habría ahorrado esos gastos, movilizándolo el capital, utilizándolo de otra manera, y, posiblemente, emprendido otra actividad. Sobre esta responsabilidad y su fundamento (la violación del deber de buena o principio de confianza legítima), cfr. L. MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad...*, cit., pp. 400-407.

(153) F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica...*, cit., p. 75.

(154) En este sentido, G. P. CIRILLO, *Il danno...*, cit., pp. 208-209; O. BONARDI, *Concorsi invalidi...*, cit., pp. 463-467.

Por la misma razón, del ámbito de aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad suelen excluirse las hipótesis de exposición a un riesgo, es decir, los casos en que la *chance* se refiere a un daño final inexistente, pero que puede producirse después (*v. gr.* médico que expone al paciente a radiación sin causarle menoscabo, pero incrementando la probabilidad de que lo sufra)(155). La aplicación de la teoría presupone una incertidumbre causal en cuya virtud resulta imposible afirmar que el hecho ilícito causó el perjuicio. Como venimos diciendo, la teoría de la *chance* pretende así asegurar una indemnización en supuestos en que se desconoce si el agente dañoso causó el daño. Es, pues, una doctrina que habilita un resarcimiento cuando faltan las informaciones y pruebas con que podría asegurarse que, sin el hecho ilícito, el daño habría dejado de producirse o que habría tenido lugar en cualquier caso. Las hipótesis en cuestión no presentan este género de incertidumbre en la medida en que al cabo del tiempo puede averiguarse si el daño acabó materializándose. Cabe, así, la posibilidad de que en el futuro se descarte con toda seguridad que la conducta del agente propiciara la lesión, pues puede que ésta nunca llegue a producirse. Hay una incertidumbre, pero una incertidumbre que puede vencerse con el transcurso del tiempo. Por eso suele rechazarse la reparación del daño por pérdida de *chance*, sin excluir la de otros daños. Así, en el ejemplo del paciente que no soporta daño alguno, pero que, por culpa del médico, ve incrementadas las probabilidades de sufrirlo en el futuro, los gastos que acarrearán las persistentes revisiones que habría de sufragar y el trastorno psicológico que podría suponer vivir bajo la amenaza del padecimiento(156). A su

(155) Se trata de las hipótesis de oportunidad futura a la que nos hemos referido ya (aps. I.2.2 y II.3.4).

(156) En este sentido, J. H. KING, «*Reduction of...*», cit., p. 502. Algunos de estos daños han sido tomados en consideración, según parece, en un asunto resuelto por la Audiencia Provincial de Badajoz (sentencia 36/2005, de 7 de febrero, extractada y revisada en Cap. III, ap. II.2.3.2); y en otro, que ocupó al Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Murcia (sentencia de 14 de abril de 2000), primero, y, después, a la Audiencia Provincial (sentencia de 13 de febrero de 2001). En el primer caso se señaló: «*si-gue habiendo incertidumbre en cuanto a la curación definitiva de la paciente, produciendo esta incertidumbre un estado de inquietud y perturbación del ánimo, aparte la repercusión en la calidad de vida de la paciente e incapacidad para sus tareas habituales, que debe tener su incidencia lógica en el importe de la indemnización*». El segundo supuesto es el de una víctima que adquirió para su vivienda un piso situado encima de un transformador de media tensión que suministraba luz eléctrica.

El aparato generaba un campo electromagnético que invadía el domicilio de la víctima con valores permanentes superiores a 1 microstela y, varias horas al día, a 4 microstelas. Por este motivo, la víctima abandonó su domicilio, adquirió otro y acudió al Juzgado solicitando la cesación de la invasión y el resarcimiento de los daños padecidos. A la luz de los informes periciales que se le habían proporcionado, el juzgado estimó que no había prueba de que la exposición hubiera acarreado «efectos biológicos», pero tampoco había quedado acreditada la inocuidad. En cambio, estimó que había prueba concluyente de que la invasión del campo electromagnético motivó el abandono del domicilio, lo que acarreó gastos de desplazamiento, y «otras molestias». Sobre estas bases, condenó a la adopción de las medidas que podían situar el campo electromagnético en valores no superiores a la cifra de 0,3 microstelas; y a indemnizar con 600.000 Ptas. por los perjuicios causados. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial insistió en la necesidad de discernir las diferencias de régimen

vez, si el daño final llegara finalmente a producirse en este tipo de casos, podría entonces reclamarse su compensación, que habría de ser total si consiguiera demostrarse que es suficientemente probable que, sin la intervención culposa, la víctima habría dejado de sufrir la enfermedad; o parcial, en concepto de oportunidad (pasada) frustrada, si la probabilidad causal es considerable, pero insuficiente(157).

No van a encararse en esta investigación estas hipótesis, limitándonos ahora a señalar que la postura tradicional parte de la teoría general de la causalidad para negar en todo caso la corrección técnica de la doctrina de la *chance*(158). Bajo esta perspectiva, el daño por incremento de la probabilidad de sufrir un perjuicio futuro es eventual e irresarcible. Hay, además, el planteamiento esbozado, que llega a la misma solución por considerar que la doctrina de la *chance* se aplica sólo en casos en que ya se ha materializado el daño final cuya ligazón causal no puede afirmarse(159). Frente a estas posturas, se alza otra que considera que la pérdida de la posibilidad de sustraerse a un daño futuro constituye un daño resarcible y cuantificable en proporción a la probabilidad de que el daño acabe materializándose. Bajo esta óptica, la doctrina de la *chance* admite dos tipos de reparación: la indemnización proporcional del daño (*proportional damage recovery*) y la indemnización proporcional del riesgo (*proportional risk recovery*)(160). Este planteamiento se conoce con el nombre de doctrina de la creación o incremento de un riesgo (*creation d'une risque durable, increased risk of harm*)(161).

de las acciones de cesación y de resarcimiento. En este sentido, señaló que la prueba de que la exposición puede ser perjudicial para la salud le corresponde a la víctima cuando de lo que se trata es de determinar si la demandada incurrió en responsabilidad civil. En cambio, a los efectos de la acción de cesación, cobra sólo relevancia la ilegitimidad de la intromisión, pesando sobre la demandada la carga de probar que su comportamiento es inofensivo. Comoquiera que los posibles «efectos biológicos» no habían quedado acreditados, confirmó el criterio del juez de instancia favorable a indemnizar únicamente los gastos derivados del abandono del domicilio y «otras molestias» con la cantidad señalada.

(157) J. H. KING («*Reduction of...*», cit., p. 502) parece postular una indemnización proporcional en cualquiera de estos dos casos, coherentemente con su concepción de la teoría de la oportunidad perdida. Cfr. Cap. VI, ap. II.3.

(158) Un amplio estudio, con indicación de los argumentos en contra y a favor, en C. MÜLLER, *La perte...*, cit., 312-322.

(159) Esta es la postura que habitualmente sostienen los tribunales norteamericanos que se pronuncian explícitamente sobre la cuestión. Por lo general, limitan la indemnización a los daños ligados al estado

de ansiedad que puede generar el temor al padecimiento de una enfermedad grave. Cfr. J. S. PHILLIPS, *The «lost chance» theory of recovery*, Colorado Lawyer, núm. 27, 1988, p. 87.

(160) Cfr. D. A. FISCHER, *Tort recovery for loss of a chance*, Wake Forest L. Rev., núm. 36, 2001, p. 630; R. M. CHEMERS/R. J. FRANCO, *The lost chance doctrine could bring recovery for the increased risk of harm*, Chicago Bar Ass. Rec., núm. 5, 1991, pp. 27-32.

(161) Cierta jurisprudencia francesa y norteamericana sostiene que en estos supuestos, denominados de creación de un riesgo duradero, procede indemnizar en proporción a la importancia del peligro generado (cfr. C. MÜLLER, *ibidem*, pp. 114-118, 96-98, 309-310; J. S. PHILLIPS, *The «lost chance»...*, cit., pp. 85-87). Por lo general, se parte del que el padecimiento de ese riesgo puede configurarse como un daño cierto y actual, distinto del perjuicio futuro que puede o no materializarse (C. MÜLLER, *ibidem*, pp. 309-310). Esta idea es la que, según veremos (Cap. VI), se utiliza, en general, para conciliar la doctrina de la pérdida de oportunidad –que indemniza en ausencia de un nexo causal acreditado– y la exigencia ineludible de que haya causalidad efectiva para obligar resarcitoriamente al agente.

Es preciso aclarar que esta última teoría nada que ver tiene con, por lo menos, otras seis que reciben igual o similar nombre, dada la pluralidad de significados con que, dentro del Derecho de la responsabilidad civil, se maneja la palabra riesgo. Me refiero, así, a la *teoría del incremento del riesgo* (*théorie de la creation d'un risque; Increased Risk of Harm Approach*), también denominada teoría de la causalidad atenuada (*théorie de la causalité atténuée; Relaxed Causation Approach*), que utiliza a veces la jurisprudencia para apreciar causalidades que no quedan demostradas conforme a los estándares probabilísticos normales(162); y a la teoría del mismo nombre (*Risikoerhöhung*) elaborada por la penalística alemana (Claus ROXIN) para negar relevancia resarcitoria a causas físicas probadas(163). También al planteamiento que, propuesto igualmente como pauta de selección jurídica de causas relevantes, se denomina criterio del *riesgo general de la vida* (*allgemeines Lebensrisiko*)(164). La primera teoría opera en el ámbito de la causalidad física para dulcificar las exigencias probatorias; y las otras dos funcionan, según sus partidarios, en el ámbito de la causalidad jurídica o imputación objetiva, cuando ya se tiene la certeza de que hay nexo causal, para negar o atribuir relevancia a la condición *sine qua non* enjuiciada. Hay una cuarta teoría que, denominada del *riesgo creado* o del *riesgo específico*, se diferencia también de las anteriores. Corresponde al riesgo que implica la realización de actividades (o utilización de instrumentos) caracterizadas por una intrínseca peligrosidad que reclama que se adjudique a aquél un rango atributivo de responsabilidad. La teoría del «riesgo creado», en su expresión positiva, se aplica en hipótesis de causa física probada (causalidad física) con relevancia jurídica (imputación objetiva) con el corolario de afirmarse responsabilidades por el desenvolvimiento de una actividad peligrosa, aunque no haya culpa (imputación subjetiva)(165). El sentido con el que la teoría examinada en el texto emplea la palabra «riesgo» tampoco es el que corresponde a la figura de la *asunción de riesgo*, que se inserta dentro de la teoría del riesgo creado, pero en su expresión negativa: Cuando el riesgo creado por otro es asumido por la víctima, se está ante un supuesto de exención de la responsabilidad civil de aquél porque no cabe adjudicar a tal riesgo un rango atributivo(166). Hay, además, el denominado *riesgo de desarrollo*, que es la cláusula legal prevista para restringir en determinados casos el juego operativo del «riesgo específico» como título de atribución y exonerar al agente ante una fuerza mayor que, por ser interna o típica de la actividad peligrosa realizada, no tendría, en principio, fuerza liberatoria: la carencia de los conocimientos científicos o técnicos con los que se hubiera evitado la producción del daño(167).

(162) A esta teoría nos hemos referido ya (en este Cap., ap. III.1.2) y será analizada después (Cap. V, ap. III.1).

(163) Mencionada en nota (en este Cap. ap. III.1.2.2), se estudia más adelante (Cap. IV, ap. III.2.2).

(164) Me refiero a este criterio en Cap. IV, ap. II.1.

(165) Cfr. L. MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad...*, cit., pp. 60-61, 138-140, 143-154, 212-219.

(166) Sobre este último particular, hoy contamos con una obra imprescindible: M.

MEDINA ALCOZ, *La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos*, Dykinson, Madrid, 2004. De la misma autora, *La asunción de los riesgos en el ámbito taurino y en los deportes*, en *IX Jornadas de responsabilidad civil y seguros* (Zaragoza, feb. 2004), Col. Abogs. Zaragoza, Zaragoza, 2004, pp. 59-134.

(167) Así, por ejemplo, la responsabilidad civil del fabricante o del importador por productos defectuosos es de carácter objetivo, por riesgo, pero, en virtud de la cláusula del «riesgo de desarrollo» (art.

2.1.3. *La incertidumbre causal intrínseca o la imposibilidad material de prueba*

La doctrina de la oportunidad perdida auxilia a la víctima que acredita una etiología posible, pero sólo cuando no pueda imputársele la ausencia de la información con que podría averiguarse si hubo o no efectivamente lazo causal⁽¹⁶⁸⁾. Se aplica así en supuestos de falta de prueba del nexo causal, cuando el perjudicado, después de agotar los recursos que tenía a su disposición, sólo consigue demostrar que las posibilidades de consecución de una ventaja habrían sido serias y reales de no haber intervenido el hecho ilícito. No se aplica, por tanto, cuando el perjudicado ha dejado de emplear los medios probatorios que, estando a su alcance, habrían podido articular un juicio (más) seguro en torno a la existencia del lazo causal. Se impone así la distinción de dos tipos de incertidumbre o aleatoriedad, la intrínseca y la extrínseca. La primera resulta de un juicio causal en el que la víctima ha proporcionado las informaciones disponibles, sin que éstas hayan podido despejar las dudas en torno a si el agente (posiblemente) dañoso causó la lesión. La segunda la propicia en parte la víctima que no despliega los esfuerzos probatorios realizables que habrían podido aclarar si hubo lazo causal. Las hipótesis de pérdida de oportunidad son, pues, hipótesis de incertidumbre causal intrínseca.

En ocasiones, se adjudica un significado netamente distinto a la distinción entre incertidumbre extrínseca e intrínseca. Se ha dicho que la primera está presente en supuestos en que la probabilidad de causalidad

6.1.e de la Ley de Responsabilidad civil por Productos Defectuosos, de 6 de julio de 1994), hay exoneración si el defecto no podía evitarse de acuerdo con el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de su puesta en circulación. Se está ante una fuerza mayor que la Ley asimila a las de naturaleza externa o exógena por el altísimo grado de su inevitabilidad. Sobre el tema, *vide* P. SALVADOR CODERCH y J. SOLÉ FELIÚ, *Brujos y apéndices...*, cit., *passim*. La Ley 4/1999 ha introducido una cláusula de este tipo en el apartado 1 del artículo 141 LPC: «No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieren podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos». Se está ante un caso fortuito que tiene virtualidad liberadora no sólo cuando el factor de atribución de la responsabilidad es la culpa, el sacrificio o el incumplimiento de un deber, sino también cuando el criterio utilizable es el riesgo, pues así lo dispone la Ley, con carácter general, sin que realice disquisiciones en torno a su interioridad o exterioridad al servicio. La circunstancia contemplada es una fuerza mayor endógena, pero el altísimo grado de su inevitabilidad determina que, incluso en las actividades de riesgo específico, funcione normativamente como una fuerza mayor exógena, afirmándose por ello su virtualidad liberadora. Se trata, pues, a mi juicio, de una limitación parcial del ámbito de aplicación que corresponde al riesgo creado como expresión de un «funcionamiento normal» de los servicios públicos (en parecido sentido, J. LEGUINA VILLA, *La reforma de la Ley de Procedimiento*, Just. adm., ab. 2000, núm. 7, pp. 13-14). Sin embargo, el precepto en cuestión ha sido objeto de otras interpretaciones. Las recojo y analizo en *La responsabilidad...*, cit., pp. 246-252.

(168) J. H. KING, «*Reduction of...*», cit., p. 543.

es necesariamente del 100% o del 0%, cuando el desconocimiento de la manera en que se ha desarrollado un proceso etiológico real y verdadero impide averiguar lo que ocurrió. La segunda interviene cuando hay un componente de aleatoriedad que impide radicalmente saber cuáles serían las consecuencias futuras de un hecho pasado. Según se dice, la aleatoriedad extrínseca está ligada a procesos causales ya determinados, que no han podido desentrañarse por la imperfección del conocimiento humano. La aleatoriedad intrínseca está asociada a procesos causales indeterminados cuyo conocimiento es ontológicamente imposible porque nunca ocurrieron verdaderamente. Partiendo de esta distinción, se insiste en que el problema de la pérdida de una estricta *chance* no puede ligarse a un problema de pura dificultad procesal de prueba –incertidumbre extrínseca–, sino a un problema de imposibilidad material, por la presencia de elementos aleatorios que no resultan marginables –incertidumbre intrínseca–. Atendiendo a la producción del denominado perjuicio final, es decir, a la frustración de la ventaja pretendida, la pérdida de una estricta *chance* supone que se está, no ante un perjuicio indemostrado pero teóricamente demostrable, sino ante un perjuicio que de suyo es indemostrable(169).

Los efectos de esta distinción pueden captarse a través de los siguientes ejemplos(170): Paula compra un título que le da derecho a extraer una judía de una bolsa oscura que contiene 100, de las que 30 son de color dorado y 70 azules. De acuerdo con las reglas del juego, ganará un premio de 100.000 \$ si la judía extraída es dorada, pero no obtendrá nada si es azul. Paula encarga a su abogado la custodia del título, pero éste lo pierde negligentemente. La probabilidad de que el abogado haya impedido que Paula obtenga el premio es sólo del 30%,

(169) Ha defendido planteamientos de este tipo, en Francia, F. CHABAS, *La pérdida...*, cit., pp. 230-232. El autor se refiere a un doble concepto de la *chance* diciendo que hay una «teoría verdadera» y una «teoría falsa». La primera corresponde a una conceptualización estricta de la oportunidad perdida (caracterizada por la intrínseca aleatoriedad del resultado apetecido) y la segunda a la ampliación que supone considerar que hay *chance* perdida en supuestos en que queda sin acreditar la relación de causalidad entre la conducta del agente dañoso y la ventaja conseguida (caracterizados por la aleatoriedad extrínseca del resultado apetecido). En el primer caso, se está ante una «forma particular de perjuicio», mientras que en el segundo hay sólo la posibilidad de que se haya producido un perjuicio que resulta indemostrado, por lo que se trata de un perjuicio hipotético y, en consecuencia, carente de

certeza. Conformadas ambas situaciones por la presencia de la incertidumbre, señala que las razones de ésta no son las mismas en una y otra, al ser insalvable en el primer caso, y al ser salvable, pero quedando insalvada, en el segundo (p. 238). En el mundo anglosajón sostienen parecidos planteamientos, S. R. PERRY, *Protected interest and undertakings in the Law of Negligence*, Univ. Toronto Law Journal, 42, 1992, pp. 259-260; H. REECE, *Losses of chance in the Law*, Mod. L. Rev., núm. 59, 1996, p. 194. Un análisis de otros parecidos, basados en la distinción de «posibilidad intentada» (*chances courues ou tentées*) y «posibilidad no intentada» (*chances non courues ou non tentées*) en C. MÜLLER, *La perte...*, cit., pp. 281-289.

(170) Son los casos propuestos por J. H. KING, *Reduction of...*, cit., pp. 516-519 para criticar la distinción expuesta entre incertidumbre extrínseca e intrínseca.

lo que impide afirmar la existencia de un lazo causal entre la culpa y la falta de consecución de las ganancias. La incertidumbre en este caso es de carácter intrínseco, pues es ontológicamente imposible demostrar que la probabilidad de obtención de premio es del 0% o del 100%. El proceso causal es incompleto e indeterminado, pues su derrotero no puede averiguarse porque no va a producirse nunca. Consecuentemente, podría aplicarse la doctrina de la pérdida de oportunidad. Sin embargo, no se manejaría si, por ejemplo, Paula hubiera podido participar en el juego y en el mismo momento en que seleccionó la judía y sin que le diera tiempo a sacarla a la luz, hubiera sido empujada negligentemente, cayendo la bolsa y desperdigándose su contenido. En este caso, el proceso causal se ha desarrollado por completo y puede asegurarse que Paula habría ganado el premio, si la judía seleccionada era dorada, o que lo habría perdido, si era de color azul. Paula no puede demostrar que por culpa del empujón dejó de obtener 100.000 \$, pero, no por la intervención de una aleatoriedad intrínseca, sino por las dificultades que enmarcan el caso, pues éstas son las que impiden descubrir el color de la judía efectivamente elegida. El suceso está en la realidad de las cosas, pero las limitaciones humanas y las circunstancias del supuesto impiden conocerlo. En la primera hipótesis, hay una incertidumbre absolutamente insuperable (aleatoriedad intrínseca) que habilita el resarcimiento en concepto de *chance* perdida; y en el segundo hay una incertidumbre superable (aleatoriedad extrínseca), pero que queda insuperada por las dificultades probatorias del supuesto, por lo que hay que liberar al autor del comportamiento culposo(171).

Según autorizada doctrina, no puede aceptarse esta distinción entre aleatoriedad intrínseca y extrínseca. Presupone una visión determinista

(171) Esta distinción ha sido empleada para rechazar la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en el asunto *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority* (1987) resuelto en Gran Bretaña por el *House of Lords*. Un menor sufre heridas de cadera al caer de un árbol. En el hospital se ocupan, no de la cadera, sino de la rodilla izquierda, tomándole una radiografía y aplicándole un vendaje que se demostraron totalmente inútiles. Al cabo de cinco días el dolor es insuperable y el joven es llevado al hospital donde le realizan ya un diagnóstico y un tratamiento correctos que, no obstante, no curan una necrosis vascular en la cabeza del fémur causante de severas dificultades motrices que se traducen, finalmente, a la edad de 20 años, en una invalidez general. La *Queen's Bench Division* estimó que el equipo médico del hospital incurrió en culpa, pero que, pese a todo, las probabilidades de que, como con-

secuencia de la caída, se produjera la invalidez eran del 75%. De conformidad con la doctrina de la pérdida de oportunidad, acordó una indemnización por la pérdida de una *substantial chance of achieving a better medical result*. La *Court of Appeal* confirmó el recurso, pero la *House of Lords*, revocó la sentencia por falta de prueba del nexo de causalidad. No se niega la corrección técnica de la pérdida de oportunidad, pero deja de aplicarse en el caso, según parece, porque el proceso causal se había completado ya, y si no podía conocerse la incidencia que en el mismo tuvo la ausencia de un diagnóstico tempestivo, es por la incapacidad humana de acceder a él. Según el profesor KING («*Reduction of...*, cit., pp. 526-527), el Tribunal dejó de aplicar la teoría de la *chance* porque creyó que el destino del niño estaba escrito desde la producción de la caída.

que, asumida coherentemente, prohíbe una diferenciación entre sucesos preordenados e indeterminados: El determinismo parte de que todos los acontecimientos tienen un único derrotero posible, sin que, por tanto, quepa hablar estrictamente de aleatoriedades intrínsecas(172). En cualquier caso, aunque se admita la diferenciación, no parece que pueda hacerse depender de ella la aplicación de la doctrina de la oportunidad perdida. Hay veces que es imposible distinguir cuándo los procesos causales parecen completos y preordenados o incompletos e indeterminados(173).

Además, y ésta es la razón de mayor peso, aunque en supuestos como los expuestos *ad hoc* la distinción se patentiza como posible, hay que admitir que, en realidad, la conducta del agente dañoso tuvo en ellos los mismos efectos prácticos: la acción culposa cerró las puertas de la percepción porque impidió averiguar el color de la judía (que se iba a elegir o que estaba ya seleccionada) y, consecuentemente, comprobar si Paula habría ganado el premio(174). No se entiende por qué el lugar en que se ubicaba la judía puede tener consecuencias tan dispares cuando lo relevante es comprobar que la víctima está materialmente incapacitada para acreditar el nexo de causalidad. Si la judía de la que dependía la consecución del premio estaba en la bolsa porque la víctima no pudo participar en el juego, el planteamiento en cuestión admite la utilización del concepto de *chance* para librar un resarcimiento. Si estaba en la mano del perjudicado, se niega la protección resarcitoria bajo el entendimiento de que no hay nexo causal probado ni procede aplicar la doctrina de la oportunidad perdida.

Podrá cuestionarse la validez de una teoría que habilita una reparación sin la prueba patente de la causalidad, pero, si se admite, hay que reconocer que restringir sobre estas bases su campo de aplicación resulta un tanto arbitrario. Lo que hiere la sensibilidad justicial y explica la creciente utilización de la técnica de la *chance* es que la víctima no obtenga nada por la imposibilidad de acreditar un nexo causal posible, no que esa imposibilidad conecte con una cadena causal preordenada o con otra indeterminada. La doctrina de la *chance* no ha surgido para encarar el problema de la incertidumbre causal en función de sutiles clasificaciones de imposibilidad probatoria. Lo determinante es, no la fuente de la ignorancia (el azar o las limitaciones humanas), sino que ésta subsista después de que la víctima haya intentado superarla con los recursos probatorios que el ordenamiento ha puesto a su disposición. Así pues, si se

(172) J. H. KING, *ibidem*, pp. 527-528.

(173) D. A. FISCHER, *Tort recovery...*, cit., p. 623. En este sentido, el profesor KING («*Reduction of...*, cit., pp. 527-528) trae a colación el punto de vista de figuras históricas en matemáticas en cuanto a que «la probabilidad es la medida de la ignorancia, no

de la posibilidad genuina». Las probabilidades son caracterizables como estados de la mente pero no como estados de un mundo gobernado por reglas ocultas que todo lo determinan.

(174) J. H. KING, *ibidem*, p. 531.

admite la doctrina de la oportunidad, no parece que pueda restringirse su ámbito de aplicación a través de una distinción de supuestos que, a efectos prácticos, son materialmente iguales.

2.2. La pérdida de oportunidad como doctrina «ubiquitaria»

Según hemos visto, la exigencia de la incertidumbre causal encierra una serie de criterios que permiten restringir en alguna medida el ámbito de aplicación de la teoría de la *chance*. Esta determina que no entre en juego el concepto de oportunidad perdida cuando es altamente probable que la víctima hubiera sufrido el daño en cualquier caso (pérdida de una simple ilusión o de una genérica oportunidad) ni cuando puede tenerse por cierto que el agente dañoso provocó el menoscabo (pérdida del beneficio en sí, y no simplemente de la posibilidad de su consecución), denegándose toda reparación en el primer caso y reconociéndose una reparación total en el segundo. La teoría deja de manejarse, a su vez, cuando cabe la posibilidad de que después de la *æstimatio* llegue a conseguirse la certidumbre de que el agente no causó un daño, bien porque, producido éste, puede obtenerse después la reparación (*v. gr.*, licitador que pudo ser adjudicatario en el concurso del que fue ilegalmente excluido pero que puede obtener el contrato en razón de la condena judicial a la repetición del procedimiento), bien porque, no habiéndose producido aún al tiempo de la liquidación de los daños, puede no materializarse nunca (*v. gr.*, médico que, al exponer a radiación a su paciente, no causa daño alguno, pero aumenta las posibilidades de que acontezca después). La circunstancia de que la incertidumbre causal haya de ser intrínseca o insuperable determina que deje de aplicarse también cuando la víctima pudo aportar los elementos con que ejecutar un juicio causal más seguro. Hay, pues, una variedad de criterios que, ligados a la idea de la incertidumbre causal estricta, irreversible e intrínseca permiten acotar series de casos en que no resulta aplicable la doctrina de la *chance*.

No obstante, es evidente que la pauta de la incertidumbre causal no permite una definición clara y precisa del ámbito operativo de la doctrina de la *chance*. La acotación de grupos de casos presupone la utilización de criterios racionales de selección que permitan identificar algún parecido común para relacionar los supuestos y resolverlos de la misma manera(175). La pauta de la incertidumbre causal permite en parte esta acotación, pero carece de la suficiente *capacidad delimitadora*(176). La

(175) C-W. CANARIS, *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, pról. C. Paz-Ares, trad. D. Brückner y J. L. de Castro, Civitas, Madrid, 1995, p. 44.

(176) C-W. CANARIS (*ibidem*, p. 74) se ha referido a la necesidad de que las teorías jurídicas dispongan de *rasgos distintivos con capacidad delimitadora*. A su juicio, para que

una teoría jurídica satisfaga las elementales exigencias de eficacia y operatividad no es preciso que pueda determinarse su *entero* ámbito de aplicación mediante la indicación de *todas* las condiciones necesarias y suficientes, pero debe ser posible, cuando menos, tal indicación para *una* aplicación propuesta.

doctrina de la oportunidad perdida suele emplearse en los supuestos analizados de responsabilidad de profesionales legales y sanitarios así como en el contexto de negociaciones contractuales y procedimientos selectivos, pero puede virtualmente aplicarse a una inmensa variedad de hipótesis. Al carecer de los suficientes criterios de delimitación, la oportunidad perdida se presenta como una teoría *ubiquitaria*, dotada del carácter de la ubicuidad, por más que la práctica judicial no acuda a ella siempre que se producen situaciones de incertidumbre causal(177). El concepto de *chance* proporciona relevantes criterios de limitación (*limiting principles*) que, sin embargo, no sirven para resolver adecuadamente todas las hipótesis de incertidumbre que pueden plantearse, distinguiendo cuándo procede liberar o condenar al (supuesto) agente dañoso(178). Por eso se ha dicho que no hay bases para construir una teoría general (*general policy considerations*) de la oportunidad perdida a cuya luz determinar en todos los casos cuándo ha de indemnizarse (parcialmente) el daño ocasionado(179).

Los partidarios de la doctrina de la *chance* no suelen subrayar este problema, pero son conscientes del mismo, pues, por lo general, se esfuerzan en identificar los criterios que, a modo de parapeto, podrían contener las potencialidades aplicativas del concepto de oportunidad perdida. Son los *garde-fous* (pretilos) a que hace referencia Geneviève VINEY(180); los *floodgates* (esclusas) que menciona Michelle L. TRUCKOR(181); o los *filtros* a los que se refiere Elena DE VICENTE(182) al insistir en la necesidad de que la resarcibilidad de la pérdida de una oportunidad de ganancia se contemple de forma restrictiva. Se trata de límites formulados en diversos ordenamientos para excluir la aplicación de la doctrina de la *chance* en determinados casos: supuestos en que la ausencia de prueba del nexo causal está ligada a procesos casuales completos y determinados(183); en que la apreciación del elemento etiológico depende de un pronóstico en torno a la conducta que habría adoptado la víctima de no haber mediado el hecho ilícito (doctrina del *Choice, Not Chance*)(184); en que la dificultad probatoria consiste en averiguar qué

(177) La caracterización de la pérdida de oportunidad como doctrina *ubiquitaria* es de Tullia TORRESI, *Il danno da perdita di «chance» tra contratto e torto: diritto alla integrità patrimoniale? danno meramente patrimoniale?*, *Giurispr. it.*, 1999, pp. 2073-2074. En el mismo sentido, Raffaele ROSSI, *La liquidazione equitativa del danno*, en AAVV, *Il danno risarcibile*, dir. G. Vettori, vol. II, Cedam, Padova, 2004, p. 1490.

(178) Así, D. A. FISCHER, *Tort recovery...*, cit., p. 650.

(179) *Ibidem*, 653-654.

(180) *Les conditions...*, cit., p. 79.

(181) *The loss of chance doctrine legal recovery for patients on the edge of survival*, Univ. Dayton L. Rev., núm. 24, pp. 363, 371-373:

«application of pure loss of chance should be narrow in scope».

(182) *Daños corporales: tipología y valoración*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 42-43.

(183) Es el planteamiento revisado en el epígrafe anterior.

(184) Según hemos visto (en este Cap., aps. II.2.4 y II.2.5), hay supuestos en que la apreciación del nexo causal entre el hecho ilícito y el daño padecido depende de un juicio pronóstico en torno a la conducta del perjudicado. Así, por ejemplo, cuando, durante una intervención quirúrgica, se desencadena un riesgo del que el paciente no fue adecuadamente informado. En estos supuestos, para valorar si hay lazo causal entre la omisión y el daño hay que pre-

habría ocurrido si el agente hubiera cumplido un deber (causalidad omisiva)(185); en que el beneficio inobtenido es de naturaleza patrimonial(186); o en que la ventaja inconseguida es de índole personal(187). Se han propuesto así una variedad de criterios que, sumados al de la incertidumbre causal, permiten restringir el marco en que opera la noción de *chance*. Sin embargo, la selección de casos que realizan resulta un tanto arbitraria y en cualquier caso difícilmente justificable(188). Además, hay que ser conscientes de que incluso el criterio base de la incertidumbre causal es cuestionable. Su utilización contradice un postu-

guntarse cuál habría sido la voluntad del paciente, caso de haber conocido el riesgo al que se exponía. Salvo en muy excepcionales casos, el resultado de este examen es poco concluyente, arrojando un grado de probabilidad insuficiente para tener por demostrado que la víctima, de haber sido consciente del peligro que entrañaba la intervención, habría dejado de aceptarla. Puede darse entonces la incertidumbre causal que habilita un resarcimiento en concepto de *chance*. Sin embargo, hay un planteamiento formulado en el *Common Law* que goza de cierto predicamento en la literatura jurídica española según el cual no puede aplicarse la doctrina de la oportunidad perdida en este tipo de casos bajo el entendimiento de que la producción del perjuicio dependía en última instancia, no del azar, sino de la voluntad de la propia víctima (M. MARTÍN CASALS/J. SOLÉ FELIÚ, *Comentario a la STS de 7 de junio de 2002*, CCJC, núm. 60, oct.-dic., 2002, pp. 114-115; A. MACÍA MORILLO *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*, pról. J. M. Miquel González, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 366-367, 434; M. CRESPO MORA, *La responsabilidad...*, cit., pp. 365-366, 397-401; no la rechaza A. LUNA YERGA, *La prueba...*, cit., pp. 549-550). Se niega que el perjudicado dispusiera de una genuina posibilidad de evitar el menoscabo porque su decisión en torno a la operación plantea un problema de elección personal no de azar o aleatoriedad. Es la idea que, plásticamente, se expresa en inglés mediante la fórmula *Choice, Not Chance* (críticamente, D. HAMER, *Chance would...*, cit., p. 605). Subyace en esta tesis la idea de que no puede aplicarse la doctrina de la *chance* en ausencia de una aleatoriedad intrínseca entendida como incertidumbre derivada del azar, no de las dificultades probatorias del caso. Sin embargo, cuando la incertidumbre causal pro-

viene de la dificultad de predecir un comportamiento humano, el problema es materialmente el mismo que en cualquier otra hipótesis de *chance*: hay un margen de incertidumbre que la víctima no puede vencer con los recursos probatorios de que dispone y que se traduce en una imposibilidad jurídica de apreciar la existencia del nexo de causalidad (cfr. D. A. FISCHER, *Tort recovery...*, cit., p. 618). Aunque se acepte que el hombre es completamente autónomo y capaz de controlar todos sus actos, hay que admitir la dificultad que representa la realización de pronósticos en torno a conductas, incluso propias, en escenarios hipotéticos (D. HAMMER, *Chance would...*, cit., p. 605). Por eso, cuando hay que hipotetizar en torno al comportamiento que la víctima habría llevado a cabo en otras circunstancias puede subsistir un ámbito de incertidumbre que puede no vencer el juzgador ni el propio perjudicado. Así pues, no parece que haya un fundamento dogmático para esta limitación del campo de aplicación de la doctrina de la *chance*. Ciertamente, es difícil admitir una doctrina que solivianta las bases de la teoría de la causalidad. Ahora bien, si se admite la *chance* como técnica utilizable en el ámbito de la responsabilidad civil, no parece que haya razones objetivas para excluir su manejo cuando el factor de incertidumbre radica en la hipotética decisión de la propia víctima.

(185) Así, un jurisprudencia australiana que analiza críticamente D. HAMMER, *Chance would...*, cit., p. 603.

(186) Así, por lo general, los Tribunales estadounidenses, según pone de relieve D. A. FISCHER, *Tort recovery...*, cit., pp. 637-638, 651-654.

(187) Así, una práctica judicial extendida en el ámbito de la *Commonwealth* (*ibidem*, pp. 635-638, 651-654).

(188) *Ibidem*, pp. 650-651.

lado básico del Derecho de daños: incurre en responsabilidad quien causó un daño, no alguien del que sólo se sabe que pudo ocasionarlo. La pauta de la incertidumbre causal es controvertida porque lo es *per se* la doctrina de la *chance*. Es, pues, objetivo central de esta investigación examinar los argumentos que pueden fundamentar en España la doctrina de la oportunidad perdida, conciliándola con la concepción clásica del elemento causal y evitando, a su vez, su aplicación indiscriminada a toda clase de casos de incertidumbre(189).

3. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD COMO REGLA DE RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL: EL CONTENIDO DE LA DOCTRINA DE LA «CHANCE»

3.1. *La regla de la responsabilidad proporcional*

Acotado así, relativamente, el ámbito dentro del cual entra en juego la doctrina de la *chance*, la indemnización que se propugna desde estos postulados tiene como límite insuperable el valor de la ventaja dejada de obtener, tanto cuando ésta es de índole económica como cuando es de índole personal. El resarcimiento por la pérdida de una *chance* ha de ser siempre inferior al que procedería por la pérdida de la ventaja, si el daño causado hubiera consistido efectivamente en esta pérdida(190). Quien es privado de participar en una competición, en un sorteo o en un concurso, siempre de resultado incierto, sufre un perjuicio que, según la doctrina de la pérdida de oportunidad, ha de ser resarcido, pero la indemnización no puede ser igual al monto de la ventaja pretendida(191).

Sentado el referido límite, para concretar la indemnización, la inmensa mayoría de los especialistas que se han ocupado del tema señala que hay que proyectar el nivel de probabilidad de que la víctima hubiera

(189) La respuesta a este concreto problema se explica en el Capítulo VII (ap. IV), después de examinar las teorías en contra (Cap. V) y a favor (Cap. VI) de la doctrina de la pérdida de oportunidad.

(190) Así, *ex multis*, F. CHABAS, *La perdita...*, cit., p. 230; A. DE CUPIS, *Il risarcimento della perdita di una «chance»*, coment. S. Tr. Cas., Lab., 19 dic. 1985, núm. 6506, *Giurispr. it.*, 1986/1/1, c. 1183, y *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, trad. est. preliminar A. Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1975, p. 319; J. H. KING, «*Reduction of...*», cit., pp. 508-509; R. D. PIZARRO, *Daño moral...*, cit., p. 112; G. VINEY/P. JOURDAIN, *Les conditions...*, cit., ap. 284, p. 84; F. TRIMARCHI BANFI, *L'ingiustizia...*, cit., p. 639.

(191) P. N. CAZEAUX, *Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de «chances»*, en AAVV, *Temas de responsabilidad civil*, Libro homenaje al prof. A. M. Morello, Edit. La Platense, La Plata, 1981, p. 28; E. A. ZANNONI, *El daño...*, cit., p. 78. Por eso se dice que la oportunidad perdida no puede valorarse en el 100% que corresponde al valor de la ventaja perdida, que es lo que sucede cuando constituye el daño cierto producido (M. YZQUIERDO TOLSADA, *Negligencia profesional del abogado que deja prescribir la acción. Determinación del daño resarcible. Comentario de la STS, (Sala 1ª) de 28 de enero de 1998*, CCJC, 1998, abr.-ag., marg. núm. 1279, p. 681)

obtenido la ventaja apetecida sobre el valor del daño final(192). Se adopta como parámetro de referencia el valor económico de la utilidad pretendida y, a tal efecto, se fija el *quantum* mediante un coeficiente de reducción que depende del grado de la probabilidad con que se contaba para obtener la ventaja, si no se hubiera privado al sujeto considerado de la oportunidad de que gozaba(193). Así pues, indemnizar la oportunidad perdida no es más que restar de la estimación pecuniaria del daño final [del daño incierto o eventual, es decir, de la ventaja frustrada] el margen de incertidumbre respecto a su enlace causal con la conducta del agente dañoso(194). Por eso se dice que «la incertidumbre del resultado se refleja en el valor económico de la posibilidad perdida»(195).

La doctrina de la pérdida de oportunidad es, pues, esencialmente, un cálculo de probabilidad(196). La teoría se basa en él, tanto para determinar la existencia del daño como para cuantificarlo(197). Establece, en resumen, una especie de regla de indemnización o responsabilidad proporcional, fraccional, parcial o probabilística que, desde luego, no es ajena al sistema español de responsabilidad civil, que, en otros ámbitos, acude a ella para resolver problemas igualmente ligados al nexo de causalidad. Me refiero, fundamentalmente, a las establecidas en el marco de las doctrinas de la culpa de la víctima, la intervención de tercero, la fuerza mayor concurrente y el daño causado por miembro indeterminado de grupo. También a la teoría de la responsabilidad por cuota

(192) Se ha pronunciado en contra, prefiriendo la valoración discrecional, T. S. AAGARD, *Identifying and valuing the injury in lost chance cases*, Michigan L. Rev., núm. 96, 1998, pp. 1335-1361. Es también la posición de algún autor en el Derecho italiano: A. M. PRINCIGALLI, *Quando è più sì che no: perdita di «chance» come danno risarcibile*, Foro it. 1986/I, cc. 384-387.

(193) A. L. BITETTO, «Chance» perduta..., cit., p. 398. En sentido análogo, J. J. MOSSET ITURRASPE, *Frustración...*, cit., p. 66; P. N. CAZEAUX/F. A. TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, Edit. Platense, La Plata, 1976, 2ª ed., t. I, pp. 327 ss. S. Y. TANZI, *La reparable...*, cit., pp. 330-331. En la literatura anglosajona, entre otros, D. A. FISCHER, *Tort recovery...*, cit., pp. 619-620.

(194) J. J. MOSSET ITURRASPE, *Frustración...*, cit., p. 73. A. BÉNABENT (*La chance...*, cit., ap. 237, p. 179) señala que, según la doctrina, el grado de probabilidad sirve para calcular el valor de la *chance* perdida, fijándose la indemnización en relación con el provecho esperado. A su vez, C. SEVERI (*Perdita di «chance»...*, cit., p. 327) resalta que, generalmente, la valoración del daño por pérdida de una oportunidad viene expresada en términos porcentuales respecto

al montante del daño consistente en la falta de consecución de la ventaja patrimonial pretendida, de modo que el daño se liquida proporcionalmente al grado de probabilidad de su realización.

(195) Así, la administrativista italiana F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica...*, cit., p. 76.

(196) Según precisa A. BÉNABENT (*La chance...*, cit., p. 7) la teoría de las *chances* y la teoría del cálculo de probabilidades son sinónimas (p. 7).

(197) El problema de la valoración del perjuicio final y la deducción de una parte en proporción a la probabilidad de que el condenado no fuera, en verdad, causante, se aborda con detenimiento en Cap. III, ap. II.2.3.1. Se da cuenta allí de la cuantificación realizada por el Tribunal Supremo en su importante sentencia de 10 de octubre de 1998; y, partiendo del sistema legal de valoración del daño corporal derivado de accidente de circulación (aplicable por analogía a cualquier otro género de supuesto que implique detrimentos psíquicos o fisiológicos), se ilustra lo que, a mi juicio, constituye un *método* de cálculo razonado y razonable del *quantum* que ha de abonarse en concepto de *chance* frustrada.

de mercado que, aplicada por algunos Tribunales norteamericanos, ha sido estudiada por la doctrina civil española. De estas doctrinas me ocupo brevemente a continuación.

3.2. Otras reglas de responsabilidad proporcional

3.2.1. La doctrina de la culpa concurrente de la víctima

La *doctrina de la culpa concurrente de la víctima* encierra una regla de indemnización proporcional, pues, en los casos en que el perjudicado ha contribuido causalmente a la producción de su propio daño, obliga a calcular la cuota porcentual que expresa su porción de responsabilidad(198). El operador jurídico ha de realizar en estos casos un juicio retrospectivo *ex post facto* que arroje los porcentajes de contribución causal del agente dañoso y de la víctima; y condenar al primero al libramiento de una indemnización que, adoptando como parámetro el valor total del daño, descuenta la parte proporcional al «cupo de causalidad» aportado por la segunda. Se aplica, en definitiva, una regla de responsabilidad o compensación proporcional(199).

La primera sentencia del Tribunal Supremo que acoge el «principio de reparto del daño», entendido como moderación de la responsabilidad del agente o reducción proporcional del resarcimiento a su cargo, fue la de 14 de octubre de 1957, en relación con el accidente de un ciclista que, al golpearse con la portezuela de un camión detenido para repostar, cayó bajo las ruedas de otro camión en marcha. Se estimó que el ciclista fallecido había colaborado causalmente en la producción del daño en dos terceras

(198) La expresión constituye un «resabio histórico», íntimamente relacionado con un estadio superado de la responsabilidad civil, porque es evidente que lo relevante en el juicio de responsabilidad ha de ser la entidad causal de la conducta de la víctima y no su grado de culpabilidad (J. MOSSET ITURRASPE, *Las eximentes en general*, en AAVV, *Responsabilidad civil*, dir. J. Mosset Iturraspe, 1ª ed., Hammurabi, 1992, p. 134). Por eso los autores que han estudiado en profundidad esta circunstancia impositiva, aunque no renuncian a emplear el sintagma «culpa de la víctima» por su arraigo en nuestro lenguaje jurídico, insisten en que hay que saber que equivale técnicamente a «causa aportada por la víctima», «acción de la víctima» o «hecho de la víctima». Así, en la literatura jurídica española, M. MEDINA ALCOZ, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, pról. J. Pérez de Vargas Muñoz, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 153-165; y en la hispanoamericana, R. H. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, *El hecho de la víctima como causa de*

exoneración de la responsabilidad civil, R. Fac. Der. Univ. Concepción, núm. 136, 1966, pp. 36-37; A. KEMELMAJER DE CARLUCCI y C. PARELLADA, *Los factores subjetivos de atribución*, en AAVV, *Responsabilidad civil*, dir. J. Mosset Iturraspe, Hammurabi, Buenos Aires, 1992, pp. 161-162; y R. D. PIZARRO, *Causalidad adecuada y factores extraños*, en AAVV, *Derecho de daños*, dir. F. A. Trigo Represas y R. S. Stiglitz, 1ª parte, Edics. La Rocca, Buenos Aires, 1991, pp. 264-265. Esta preferencia terminológica se puede observar también en los países de nuestro entorno donde *la colpa del danneggiato* ha sido sustituida por *il fatto del danneggiato* (Italia), *la faute de la victime*, por *le fait de la victime* (Francia), *a culpa do lesado por o facto do próprio lesado* (Portugal), *the fault of the plaintiff* por *the act of the plaintiff* (Inglaterra). Vide M. MEDINA ALCOZ, *La culpa...*, cit., notas 16-20 pie, pp. 127-128, 156-157.

(199) Sobre esta doctrina, ver la completa monografía de M. MEDINA ALCOZ, *La culpa...*, cit.

partes(200). En relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, la Sala Tercera empezó a atenerse a este criterio a partir de los años setenta, cuando abandonó la postura que consideraba que la culpa *concurrente* de la víctima rompía totalmente la relación de causalidad, negándole la posibilidad del resarcimiento (SSTS 10 de marzo de 1969 [RJ 1969, 1514] y 14 de diciembre de 1974 [RJ 1974, 4880]). De la misma manera que en el ámbito de la responsabilidad civil de los particulares, ha acabado imponiéndose así la tesis de que sólo la culpa *exclusiva* rompe el nexo causal y de que en los casos de concurrencia de causas procede la disminución del alcance cuantitativo de la indemnización(201).

En el ámbito de la nocividad administrativa, son frecuentes los casos en que el administrado colabora con la Administración en la producción de su propio daño. Así, por ejemplo, es relativamente normal que la Administración deniegue ilegalmente una licencia, permiso o autorización y que la ilegalidad entronque con los errores o inexactitudes de la solicitud o del proyecto que la sustentaba. En estos casos, lo habitual es que el Tribunal estime que el daño es el producto de una colaboración causal (concurrencia de causas) entre la víctima (por los errores en que incurre) y la Administración (por no detectarlos y dictar la resolución ilegal inducida por éstos); y que reconozca el derecho a una indemnización reducida o fraccionada. Así, en el asunto resuelto por la STS, Sala 3ª, de 17 de noviembre de 1988 (RJ 1988, 9128), en el que en la producción de los daños resarcibles concurrían dos causas: «*el comportamiento del actor que indujo a error a la Administración, al acompañar sus peticiones de licencia con omisión de datos esenciales para su concesión y la actuación de la Administración al no cumplir con su obligación de comprobar la exactitud de aquéllos y solicitar los preceptivos informes, concurriendo, por tanto, una concurrencia de culpas*». El Tribunal dividió la indemnización por partes iguales, obligando a la Administración a abonar el 50% de la cantidad con que se valoró el daño(202).

Los sistemas generales de responsabilidad del Código civil y de la

(200) Vide el comentario que de esta sentencia realiza M. MEDINA ALCOZ, *ibidem*, pp. 209-210.

(201) J. A. SANTAMARÍA PASTOR/L. PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ceura, Madrid, 1985, p. 703. No obstante, la Sala 3ª del Tribunal Supremo no aplica rigurosamente la doctrina de la culpa de la víctima. Los autores que han estudiado detenidamente su jurisprudencia señalan que es normal que se condene a la Administración a abonar una indemnización total en casos en que «la víctima ha contribuido de forma manifiesta y decisiva a la producción del daño»; y en ocasiones «se decreta el reparto de la obligación de indemnizar, en diversas proporciones, según el caso concreto» partiendo de una autoproclamada libertad estimativa (F. LÓPEZ MENUDO, E. GUICHOT REINA, J. A. CARRILLO DONAIRE, *La*

responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 81).

(202) El criterio salomónico de división por partes iguales es el utilizable cuando se carecen de elementos con que determinar la cuota de aportación causal de los participantes. Son partidarios de la aplicación, como *ultima ratio* (criterio subsidiario) de esta pauta, entre otros, S. MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas. (Y otros estudios sobre responsabilidad)*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1998, p. 179; F. J. DE AHUMADA RAMOS, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Aranzadi, Elcano, 2000, p. 320; M. MEDINA ALCOZ, *La culpa...*, cit., p. 244; y J. SOLÉ FELIÚ, *La concurrencia de la culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo*, ADC, t. 50, 1997/2, pp. 896-897.

LPC no recogen explícitamente la doctrina de la culpa de la víctima(203). No obstante, son muchas las normas sectoriales que la consagran, hablando de *reducción de responsabilidad*(204), *repartimiento de la indemnización*(205), *exoneración parcial*(206) o *imputación parcial*(207). La regla de responsabilidad proporcional en supuestos de contribución causal de la víctima figura también en los Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil del *European Group on Tort Law*. Allí se opta por las expresiones *reducción de la responsabilidad* y *reducción de la indemnización*(208).

3.2.2. La doctrina de la intervención concurrente de tercero

La doctrina de la intervención de tercero hace frente a una hipótesis

(203) Una exposición de los muchos preceptos de Códigos (o leyes) extranjeros que regulan de modo general los efectos asociados a la culpa de la víctima en M. MEDINA ALCOZ, *La culpa...*, cit., p. 137 ss.

(204) Artículo 9 Ley 22/1994, de 6 de julio, sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos: «Culpa del perjudicado. La responsabilidad del fabricante o importador podrá reducirse o suprimirse en función de las circunstancias del caso, si el daño causado fuera debido conjuntamente a un defecto del producto y a culpa del perjudicado o de una persona de la que éste deba responder civilmente».

(205) Artículo 1.1 párr. 4º Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor: «Si concurren la negligencia del conductor y la del perjudicado se procederá a la equitativa moderación y al repartimiento en la cuantía de la indemnización atendida la entidad respectiva de las culpas concurrentes».

(206) Artículo 3.3 Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, suscrito en Bruselas el 39 de noviembre de 1969 y modificado por el Protocolo de 27 de noviembre de 1992: «Si el propietario prueba que los daños por contaminación resultaron total o parcialmente de una acción u omisión intencionada para causar daños por parte de la persona que sufrió los daños, o de la negligencia de esa persona, el propietario podrá ser exonerado total o parcialmente de su responsabilidad a esa persona». Artículo 45 párr. 2º de la Ley 25/1964, de 29 de abril, reguladora de la energía nuclear: «Si el explotador prueba que la persona que sufrió los daños nucleares los produjo o contribuyó a ellos por culpa o negligencia, el Tribunal competente podrá exonerar total o parcialmente al explotador de su obligación de abo-

nar una indemnización por los daños sufridos por dicha persona».

(207) Artículo 3.3 Reglamento (CE) 2097/1997, de 9 de octubre, del Consejo, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente: «No obstante lo dispuesto en el apartado 2, si la compañía aérea comunitaria probare que el perjuicio fue causado por la negligencia del pasajero lesionado o fallecido o ésta contribuyó a aquél, la compañía podrá ser total o parcialmente eximida de su responsabilidad de conformidad con el Derecho aplicable»; Artículo 6.1 del Convenio de Londres, Moscú y Washington de 29 de marzo de 1972 sobre responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales: «(...) un Estado de lanzamiento quedará exento de responsabilidad absoluta en la medida en que demuestre que los daños son total o parcialmente resultado de negligencia grave o de un acto de omisión cometido con la intención de causar daños por parte de un Estado demandante o de personas físicas o morales a quienes este último represente».

(208) Artículo 8:101 Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil. «Conducta o actividad concurrente de la víctima. (1) Puede excluirse o reducirse la responsabilidad en la medida en que se considere justo en atención a la culpa de la víctima y cualesquiera otras circunstancias que serían relevantes para establecer o reducir la responsabilidad de la víctima si fuera la causante del daño. (2) Si se solicita indemnización con relación a la muerte de una persona, su conducta o actividad excluye o reduce la responsabilidad conforme a lo dispuesto en el apartado 1. (3) La conducta o actividad concurrente de un auxiliar de la víctima excluye o reduce la indemnización que ésta puede reclamar conforme a lo dispuesto en el apartado 1». La traducción del original inglés es de MARTÍN CASALS (Spanish Translation, en AAVV, *Principels of European Tort Law*. Text

similar, igualmente caracterizada por la circunstancia de que varios sujetos han contribuido causalmente en la producción del daño. Se refiere, no obstante, a casos en que el cocausante es, no la víctima, sino un tercer sujeto. En estos supuestos, se impone la regla de la solidaridad, según la cual todos los responsables tienen la obligación de resarcir la totalidad del daño; o, lo que es lo mismo, la víctima tiene derecho a exigir su completa reparación a cualquiera de los partícipes. No obstante, y aquí es donde entra en juego una regla de reparación proporcional análoga a la que impone la doctrina de la culpa de la víctima, el cocausante que abona la indemnización tiene derecho a reclamar a los demás la cantidad correspondiente a su concreta cuota causal.

En el ámbito de la jurisprudencia civil, es hoy pacífico el criterio de que es solidaria la responsabilidad civil de los plurales partícipes del resultado dañoso. Pero esta doctrina se ha consolidado no sin ciertas vacilaciones y venciendo la resistencia ofrecida por la propia literalidad y el originario espíritu del artículo 1137 CC, que establece una presunción favorable a la mancomunidad. En relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, el artículo 140. 1 LPC, según resulta de la reforma introducida por la Ley 4/1999, ha consagrado idéntico criterio: «*Cuando de la gestión dimanante de fórmulas de actuación conjunta entre varias Administraciones Públicas se derive responsabilidad en los términos de la presente Ley, las Administraciones intervinientes responderán de forma solidaria*» (209). En cualquier caso, lo que aquí interesa no es tanto el debate en torno a si la responsabilidad es solidaria o mancomunada (210), sino el consenso reinante en cuanto a que, bien en la relación primaria que liga a la víctima con los responsables, bien en la relación secundaria o externa de los cocausantes entre sí, se impone la necesidad del reparto de la indemnización entre todos los partícipes en función de sus respectivas cuotas de aportación causal, es decir, la unánime aceptación de la regla de la reparación parcial o proporcional en los casos de concurrencia de causas.

El Código penal, al regular la responsabilidad civil derivada de conductas criminales, establece, para los casos de concurrencia, el criterio de la solidaridad y el del reparto ulterior de la indemnización entre todos los partícipes, este último implícito en el reconocimiento del derecho de

and Commentary, SprincherWienNewYork, Horn, 2005, p. 271). Sobre el carácter de estricto *soft law* de este texto y el proceso de su elaboración, Cap. II, ap. III.3.

(209) Antes de la reforma, el artículo 140 limitaba esta regla a los supuestos de «*gestión dimanante de fórmulas colegiadas de actuación*», si bien la doctrina y la jurisprudencia rechazaron interpretarla literal y estrictamente, extendiéndola a otros supuestos, entre los que se encontraban los procedimientos bifásicos (sobre este particular, J. V. MOROTE SARRIÓN, *La responsabilidad solidaria de las Administraciones Públicas en los procedimientos bifásicos*, RAP, núm. 154,

2001/1, pp. 95-101). A su vez, antes de que se aprobase la LPC, que reguló por vez primera algún supuesto de concurrencia de causas, hubo una línea doctrinal y jurisprudencial que acudía ya a la regla de la solidaridad (*vide* S. MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad...*, cit., pp. 69-72, 180-181).

(210) No obstante, entiendo que la solidaridad es el criterio correcto, tanto en los casos en que se aplica el Código civil (que no tiene norma expresa en relación con el concurso de causas) como en los que se maneja la LPC. Al respecto, Cap. VII, ap. IV. 2.2.

repetición(211). A su vez, y al igual que ocurre con la doctrina de la culpa de la víctima, hay también normas sectoriales que recogen el principio de responsabilidad proporcional, al mencionar el derecho de quien afronta toda la indemnización a repetir contra los demás deudores solidarios que colaboraron causalmente en la producción del daño(212). Por último, los Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, después de establecer la solidaridad de los colaboradores causales (art. 9:101), explicita la regla de la responsabilidad proporcional en el ámbito de la relación interna, completándola con una serie de ulteriores precisiones (art. 9:102)(213).

3.2.3. La doctrina de la fuerza mayor concurrente

La doctrina de la fuerza mayor concurrente se refiere a las hipótesis de

(211) Artículo 116.2 párr. 1 Código Penal: «Los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables. (párr. 2) La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, en los bienes de los autores, y después, en los de los cómplices. (párr. 3) Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las correspondientes a cada uno».

(212) Así, el artículo 37.3º de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los espacios naturales y de la flora y faunas silvestres: «cuando no sea posible determinar el grado de participación de las distintas personas que hubieran intervenido en la realización de la infracción, la responsabilidad será solidaria, sin perjuicio del derecho a repetir frente a los demás participantes, por parte de aquél o aquellos que hubieran hecho frente a las responsabilidades». Lo normal es que las normas sectoriales no contengan referencia alguna al derecho de repetición. Así, por ejemplo, el artículo 7 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por Daños causados por Productos Defectuosos: «Las personas responsables del mismo daño por aplicación de la presente Ley lo serán solidariamente»; artículo 52 párr. 2ª Ley 25/1964, de 29 de abril, Reguladora de la Energía Nuclear: «Si la responsabilidad del daño recae sobre varios explotadores, éstos responderán solidariamente por el daño acaecido hasta el límite de la cobertura que se señala»; artículo 15. 1 b) de la Ley 20/1986, de 14 de mayo, de Residuos Tóxicos y Peligrosos: «La responsabilidad será solidaria cuando sean varios los responsables de algún deterioro ambiental, o de los daños o perjuicios

causados a terceros, y no fuese posible determinar el grado de participación de las diferentes personas físicas o jurídicas en la realización de la infracción».

(213) Artículo 9:102 (1): «La persona sujeta a responsabilidad solidaria tiene derecho de regreso frente a cualquier otra persona que sea responsable ante la víctima por el mismo daño. Este derecho se establece sin perjuicio de lo que disponga sobre el contrato celebrado entre ellas o cualquier disposición legal o de un derecho de reembolso en virtud de subrogación [cessio legis] o con base en el enriquecimiento injusto. (2) De acuerdo con lo dispuesto en el apartado (3) de este artículo, la cuota de ese derecho de regreso será la que se considere justa a la luz de las respectivas responsabilidades por el daño, en consideración a sus culpas respectivas y a cualquier otro aspecto relevante para establecer o reducir la responsabilidad. El importe del regreso puede ascender al importe total de la indemnización. Si no puede determinarse la responsabilidad que corresponde a cada una de las personas responsables, se considerarán responsables por igual (3) Si una persona es responsable por el daño causado por un auxiliar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9:101, se considerará responsable por toda la cuota imputable al auxiliar a los efectos de distribuir la responsabilidad entre él y cualquier otro causante del daño distinto de dicho auxiliar. (4) La obligación de responder en vía de regreso por la parte respectiva es parciaria, es decir, la persona obligada responde sólo por la cuota de responsabilidad que, según este artículo, le corresponda por el daño; pero si no puede ejecutarse la sentencia que establece la condena de la persona responsable del daño en vía de regreso, su parte debe ser redistribuida entre las demás en proporción a sus respectivas cuotas». La traducción del original inglés es de MARTÍN CASALS (Spanish

contribución causal caracterizadas por la circunstancia de que el factor extraño interviniente lo aporta, no la víctima o un tercero, sino una fuerza mayor. La culpa del perjudicado y la intervención de tercero, por un lado, y la fuerza mayor, por otro, suelen estudiarse como realidades separadas, pero, en rigor, son «expresivas de una circunstancia cualitativamente idéntica»: la mediación de un hecho determinante de la producción de la lesión que el agente dañoso no podía prever o resistir(214). La fuerza mayor es, pues, un concepto amplio que engloba los de culpa de la víctima, intervención de tercero y cualesquiera otros hechos que, siendo igualmente imprevisibles o irresistibles, tienen origen inhumano(215). Estos últimos, a los que puede denominarse fuerzas mayores en sentido estricto, son tomados en consideración por la doctrina mencionada bajo el entendimiento de que, cuando concurren con la conducta del agente dañoso en la producción del menoscabo, han de reducir la indemnización en la medida de su cuota de aportación causal(216). Para la teoría, las hipótesis en que el caso fortuito «gravita concurrentemente» en la producción del daño y actúa como «concausa no interruptiva»(217) son del todo asimilables a las de intervención de tercero, sin que, por tanto, pueda justificarse un cálculo indemnizatorio diferenciado por el solo motivo de que la fuente dañina concurrente tenga origen inhumano. Bajo esta óptica, procede en ambos casos reducir el monto compensatorio en la medida de la cuota causal de la que no es responsable el agente dañoso, pues lo que cobra relevancia es la incidencia etiológica de una circunstancia que escapa a su esfera de control, no que ésta la provoque un hombre, un animal o una cosa. No obstante, es evidente que la doctrina de la fuerza mayor concurrente no puede extrapolar el criterio de la solidaridad, admitiendo que la víctima obtenga una indemnización total y que quien la afronta pueda recuperar

Translation, en AAVV, *Principels...*, cit., pp. 271-272).

(214) M. MEDINA ALCOZ, *La culpa...*, cit., pp. 141-142.

(215) *Vide, ex multis*, M. FRANZONI, *Dei Fatti Illeciti (art. 2043-2059)*, en AAVV, vol. *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, dir. F. Galgano, Zanichelli, Bologna, 1993, p. 605; C. SALVI, *La responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 174; P.-H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ, Paris, 1992, p. 95; F. CHABAS, N. PÉTERKA y C. CHABAS, voz *Force majeure*, en *Encyclopédie Juridique Dalloz*, t. V, Dalloz, Paris, 1998, p. 2; Ph. LE TORNEAU y L. CADIET, *Droit de la responsabilité. Responsabilités civile et pénale. Responsabilités civiles délictuelles et quasi délictuelles. Défaillances contractuelles et professionnelles. Régimes spéciaux d'indemnisation*, Dalloz, Paris, 1996, p. 282; B. HARVEY/J. MARSTON, *Cases and Commentary on tort*, Pitman Publishing, London, 1994, pp. 104-

105. Dentro de la doctrina hispanoamericana, *vide* F. DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilité extracontractual...*, cit., p. 340. Sobre el tratamiento de la culpa exclusiva de la víctima en estos ordenamientos y su configuración como especie de fuerza mayor, véase el detallado estudio de M. MEDINA ALCOZ, *La culpa...*, cit., pp. 140-144.

(216) Evidentemente, esta doctrina no resulta aplicable cuando pueda identificarse a un persona legalmente responsable de los daños causados por el animal o el objeto inanimado de que se trate (A. M. HONORÉ, *Causation...*, cit., p. 145). Así, por ejemplo, cuando el animal tiene dueño, pues, de conformidad con el artículo 1905 CC, éste ha de reparar los daños que cause, salvo que demuestre la concurrencia de una fuerza mayor exógena o extraña al riesgo típico desplegado.

(217) Así, I. H. GOLDENBERG, *La relación...*, cit., p. 193.

parte de lo abonado. Esto porque el recurso de que ésta dispone contra los demás coacusantes no lo puede tener, naturalmente, contra la *vis divina*(218). De ahí que, de la misma manera que la doctrina de la culpa de la víctima, el criterio de la responsabilidad proporcional se aplica directamente, rebajando la cantidad total que obtiene el perjudicado atendiendo al grado de relevancia causal del hecho animal o natural de que se trate.

El ejemplo prototípico de aplicación de esta doctrina es el asunto resuelto por la Sala civil del Tribunal francés de Casación por sentencia de 19 de junio de 1951. Se estimó que el naufragio del paquebote *Lamoricière* fue principalmente debido a la fuerza de un ciclón, pero también a la negligencia del demandado, por no acondicionar adecuadamente la embarcación y, en particular, por dejar de equiparla con la cantidad necesaria de carbón. El Tribunal tomó en consideración la incidencia del evento natural para exonerar parcialmente al agente dañoso, condenándole a reparar 4/5 de los daños padecidos(219).

La doctrina de la fuerza mayor concurrente se ha desarrollado en Francia, donde ha tenido una considerable acogida jurisprudencial(220) e incluso legal(221). No obstante, la doctrina dominante de aquel país niega hoy la virtualidad parcialmente exoneradora de la fuerza mayor bajo el entendimiento de que lo correcto es rechazar cualquier tutela, si el hecho perturbador puede reputarse causa adecuada; o brindar la reparación total, si puede considerarse que la causa idónea fue la acción del agente dañoso(222); y su criterio ha acabado imponiéndose también en la práctica procesal(223). En cambio, la doctrina civil española es mayoritariamente partidaria de disminuir la responsabilidad en supuestos de concurrencia de un hecho de la naturaleza y culpa del agente dañoso(224).

(218) P. H. ANTONMATTEI, *Contribution...*, cit., p. 147.

(219) Sobre este asunto, A. M. HONORÉ, *Causation...*, cit., p. 147; y M. MEDINA ALCOZ, *La culpa...*, cit., p. 216.

(220) Sobre esta jurisprudencia, P. H. ANTONMATTEI, *Contribution...*, cit., p. 147.

(221) El artículo D. 253-63 del Código de la Seguridad Social se atiene a esta doctrina: «l'agent comptable dont la responsabilité pécuniaire est mise en cause peut, dans le cas de force majeure, obtenir décharge totale ou partielle de sa responsabilité».

(222) Por todos, F. CHABAS, *L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation*, LGDJ, Paris, 1967, pp. 23-29, 135-147, 157.

(223) Sobre esta jurisprudencia P. H. ANTONMATTEI, *Contribution...*, cit., pp. 148 ss.

(224) Así, J. L. LACRUZ BERDEJO (*Elementos de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de Obligaciones*, vol. 2º, *Contratos y cuasicontratos. Delito y*

cuasidelito, texto Agustín Luna Serrano; nueva ed. revis. act. Francisco Rivero Hernández, Dikynson, Madrid, 1999, pp. 495-496), quien considera que «la doctrina dominante opta, en estas hipótesis [de concurrencia de caso y culpa], por un reparto o minoración del resarcimiento». Según dice, «cuando una parte del daño o todo él se deben simultánea e individualmente al caso fortuito y la negligencia del agente (...) no es justo ni exonerar de todo el daño al agente, ni ponerlo todo a su cargo: debe resarcirse en proporción a la entidad de la causa del daño puesta por él». En esta línea, F. PEÑA LÓPEZ (*La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Comares, Granada, 2002, p. 585), considera que «en el caso de que se estimase por el juzgador que una parte del daño causado se ha producido debido a la culpa o negligencia del autor de la acción u omisión, a pesar de que el sujeto se hubiese comportado di-

3.2.4. *La doctrina de la causa anónima o de la responsabilidad colectiva*

La doctrina de la responsabilidad, causa o culpa anónima, sospechada, colectiva o conectada encara también un problema de nexo causal⁽²²⁵⁾. Resulta aplicable a supuestos en que varias personas ejecutan conjuntamente una misma actividad, produciéndose un daño sin que pueda determinarse qué concreto sujeto realizó la conducta efectivamente productora del mismo. La singularidad de este tipo de casos estriba en que se sabe que sólo uno de los miembros del grupo causó el daño, pero se desconoce exactamente cuál, por lo que, en rigor, no hay concurrencia causal. La solución, no obstante, es la misma que en la intervención de tercero, pues consiste en imputar a cada uno de los partícipes la totalidad del menoscabo, debiendo, por tanto, responder solidariamente frente a la víctima; y admitiendo que, dentro de la relación interna que vincula a los distintos deudores, la indemnización se distribuya entre ellos en función de las probabilidades de que fueran los causantes y, cuando no puedan determinarse, a partes iguales. Se impone, pues, en el ámbito interno y de la misma manera que en la doctrina del concurso de causas, una regla de indemnización proporcional.

Una de las primeras sentencias conocidas que se atuvo a esta doctrina fue la de la AT de Palma de Mallorca de 24 de enero de 1981, que corresponde a un supuesto en que dos niños estaban arrojando piedras a un tercero, sin que lo alcanzaran, pero hiriendo a otro en un ojo. La AT estimó acreditado que uno de los dos niños (hijos de los demandados) era el autor del lanzamiento de la piedra nociva, sin que pudiera determinarse cuál de los dos la arrojó. Con base en esa declaración fáctica, el Tribunal reputó partícipes en el hecho dañoso a los dos niños y condenó solidariamente a sus padres.

La Sala 1ª del TS ha aplicado esta doctrina en varias ocasiones. Así, por ejemplo, sentencias de 8 de febrero de 1983 (RJ 1983, 867), 22 de abril de 1983 (RJ 1983, 2118), 8 de julio de 1988 (RJ 1988, 5681), y 8 de marzo de 2006 (RJ 2006, 1076). El asunto de la primera trata de unos niños que estaban jugando al lanzamiento recíproco de pequeños trozos metálicos punzantes. Uno de ellos alcanzó a un niño que no participaba en el juego,

ligentemente en relación con el evento constitutivo de caso fortuito, debería aplicarse la teoría de la concurrencia de causas y atribuir al mismo la responsabilidad de reparar la parte del perjuicio que se considere que corresponda a su conducta». El autor pone el siguiente ejemplo: «si una persona enciende una hoguera sin tomar las adecuadas precauciones, susceptible por sí misma de causar ciertos daños, pero el fuego se extiende a una propiedad vecina, provocando graves destrozos debido al levantamiento completamente imprevisible de un fuerte viento; la acción negli-

gente del sujeto que ha encendido el fuego y el viento deben ser consideradas concausas del daño». Vide en este sentido R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Tratado de Responsabilidad civil*, Civitas/Univ. Deusto, Madrid, 1993, pp. 756-757; A. DE COSSÍO Y CORRAL, *La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio de Derecho español*, ADC, t. 19, fasc. 3 (jul.-sep.), p. 547.

(225) Sobre las diferentes denominaciones, G. VINEY/P. JOURDAIN, *Les conditions...*, cit., pp. 206-207, y P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 12-13.

sin que pudiera concretarse quién fue el lanzador. Condenados los padres de los menores, el TS desestimó el recurso, invocando al respecto que la circunstancia de que no se probara cuál de los hijos de los demandados fue el causante material de la lesión, no impide la afirmación de la responsabilidad civil de todos ellos. La segunda sentencia corresponde a un supuesto en el que un niño sufrió graves lesiones en un ojo al ser alcanzado por un proyectil cuando otros dos menores estaban disparando con una escopeta de aire comprimido, alternándose en los disparos, de modo que hacían cada uno disparos intermitentes, sin que pudiera establecerse quién de los dos efectuó el disparo cuyo plomo alcanzó al lesionado. El TS afirmó que se produce la solidaridad entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el ilícito culposo, con pluralidad de agentes y concurrencia causal única, cuando no es posible individualizar los respectivos comportamientos ni establecer las respectivas responsabilidades. A su vez, la sentencia de 8 de julio de 1988 corresponde a un caso en que, con ocasión de una partida de caza, los cinco integrantes de la misma, efectuaron una serie de disparos, dando lugar a que un niño resultara gravemente lesionado, sin que pudiera determinarse de qué escopeta procedía el disparo que causó el menoscabo, considerando el TS que los cinco cazadores fueron los autores materiales de los disparos que impactaron en el menor. El pronunciamiento más reciente trae causa del experimento realizado por cinco niños con sulfumán y papel de aluminio. Después de hacer explotar una botella de refresco, guardaron el sulfumán sobrante en una tubería. Más tarde, otros niños encontraron la sustancia con el infortunio de que ésta alcanzó el ojo de uno de ellos, provocándole graves daños. El Alto Tribunal estimó que carecía de relevancia que no se consiguiera demostrar cuál de los niños escondió en la tubería el producto tóxico y que, en coherencia con la doctrina de la responsabilidad por miembro indeterminado de grupo, procedía condenar solidariamente a todos los padres.

Pese a las dudas que la teoría ha suscitado tradicionalmente(226), es ya mayoritariamente aceptada, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia(227). Ha sido adoptada, además, en el Código civil ale-

(226) Algunos ejemplos de la tradicional tendencia judicial a negar la responsabilidad por daño causado por miembro de grupo se recogen en el Capítulo V (ap. I, nota).

(227) Vide, en la doctrina española, R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Indeterminación del causante de un daño extracontractual* (Sentencias de la Audiencia Territorial de Burgos de 4 de diciembre de 1980 y de Palma de Mallorca de 24 de enero de 1981), RGIJ, 1983, pp. 23 ss.; *Tratado...*, cit., pp. 864 ss.; I DE CUEVAS MATOZZI, *La relación de causalidad en la órbita del Derecho de daños* (Su perspectiva desde la doctrina del Tribunal Supremo), prólogo R. de Ángel Yágüez, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 297 y ss.; y la reciente monografía sobre el tema de V. MÚRTULA LAFUENTE: *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de grupo*, Dykin-

son, Madrid, 2005, pp. 101 y ss. Esta última contiene un estudio sobre la cuestión en los Derechos alemán, francés, italiano, inglés, norteamericano y latinoamericano (pp. 33-59). La autora ha vuelto a ocuparse del tema en *Causalidad alternativa e indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil*, InDret. Revista para el análisis del Derecho, www.indret.com, 2/2006, 28 pp. Otros autores que se han mostrado favorables a la doctrina de la responsabilidad colectiva son, por ejemplo, R. COLINA GARETA: *La relación de causalidad*, en AAVV, *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, dir. J. M. Pena López, Cálamo, 2004, pp. 77-100; L. DIEZ PICAZO (*Derecho...*, cit., pp. 163-168); J. L. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, *Derecho de daños*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1999, pp. 101-102; L. F. REGLERO CAMPOS, *El nexos...*, cit., p. 336; E. ROCA TRÍAS, *Derecho*

mán(228) y, por influencia de éste, en los de Grecia(229), Holanda(230), Polonia(231) y Japón(232); y, en el Derecho español, se encuentra en: la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación; la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza; el Decreto 506/1971, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la Ejecución de la Ley de Caza de 4 de abril de 1970; el RD 63/1994, de 21 de enero, por el que se aprueba el Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil del Cazador, de Suscripción Obligatoria; la Ley 9/1998, de 2 de julio, de Caza de La Rioja; la Ley 7/1998, de 6 de julio, de Caza de Canarias; la Ley 5/2002, de 4 de abril, de Caza de Aragón; y la Ley de 12/2006, de 17 de julio, de Caza de Cantabria.

El artículo 17. 3 de la Ley de Ordenación de la Edificación acoge claramente la teoría de la causa anónima, regulándola junto a la doctrina de la concurrencia de causas. Establece, en particular, que *«cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente»*.

El artículo 33.5 de la Ley de Caza del Estado dispone: *«En la caza con armas, si no consta el autor del daño causado a las personas responderán solidariamente todos los miembros de la partida de caza»*. El precepto se reitera en su desarrollo reglamentario [art. 35 b) Decreto 506/1971; art. 6 RD 63/1994] con el añadido de que, *«a estos efectos, se considerarán únicamente como miembros de la partida aquellos cazadores que hayan practicado el ejercicio de la caza en la*

de daños, textos y materiales, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 160-161.

(228) § 830 BGB: *«Si varios mediante una acción ilícita cometida en común han causado un daño, cada uno de ellos es responsable del daño. Lo mismo rige si no es posible averiguar quién de los varios intervinientes con su acto ha causado el daño»* (traducción de A. MARTÍNEZ SARRIÓN), en D. MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. 2, trad. 6ª ed. (1992), Bosch, Barcelona, 1995, p. 975. Como se ve, se regula, en primer lugar, el supuesto ordinario de concurrencia de varios sujetos en la producción de un daño, pero se añade después que el mismo criterio se aplica cuando no pueda descubrirse qué concreta persona ha causado el perjuicio. Cfr. E. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2ª ed., Carl Heymanns Verlag KG, Köln/Berlin/Bonn/München, 1996, pp. 331-341.

(229) Artículo 926 Código civil griego: *«Daño causado por varias personas. Si el daño es resultado de la actuación conjunta de varias personas, o si varias personas son responsables del mismo daño, todas ellas están solidaria y mancomunadamente obligadas. Lo mismo vale cuando varias personas han actuado simultánea o sucesivamente y no es posible determinar*

el acto de la persona que causó el daño» (la traducción es mía).

(230) Artículo 6.99 del nuevo Código civil holandés: *«Cuando el daño puede ser consecuencia de varios hechos, de cada uno de los cuales es responsable una persona diferente, y consta que el daño se ha originado por al menos uno de esos hechos, entonces pesa sobre cada una de estas personas la obligación de reparar el daño, a menos que pruebe que el daño es consecuencia de un hecho del que él no es responsable»* (traducción de V. MÚRTULA LAFUENTE, *La responsabilidad...*, cit., p. 49).

(231) Artículo 137 del Código de las obligaciones de Polonia: *«Cuando el daño ha sido causado por varias personas, éstas responden solidariamente de él, a menos que se establezca cuál de entre ellas y en qué medida ha contribuido a causar el daño»* (tomado de R. DE ÁNGEL, *Tratado...*, cit., p. 868).

(232) Artículo 719 del Código civil japonés: *«Cuando varias personas han causado un daño a otra por un acto ilícito cometido en común, están obligadas solidariamente a la reparación del daño. Lo mismo ocurre cuando es imposible reconocer cuál de los coautores del acto ha causado el daño»* (tomado de R. DE ÁNGEL, *Tratado...*, cit., p. 868).

ocasión y lugar en que el daño haya sido producido y que hubieran utilizado armas de la clase que originó el daño». El supuesto está previsto también en los artículos 32.4 párr. 2º de la Ley canaria (*«En la caza con armas, si no consta el autor del daño causado a las personas, responderán solidariamente todos los miembros de la cuadrilla de caza»*) y 18.2 párr. 1º de la Ley riojana (*«En la práctica de la caza, si no consta el autor del daño causado, responderán solidariamente todos los miembros de la partida de caza»*).

Por otra parte, el artículo 35.1.a) del Decreto estatal 506/1971 ha acogido la doctrina de la «causa sospechada» en otro supuesto –menos conocido–, introduciendo un interesante criterio de medición de las probabilidades causales aplicable en el ámbito de la relación interna de los responsables. Según dispone, la responsabilidad por daños propiciados por las especies cinegéticas corresponde a los titulares de derechos reales o personales sobre los terrenos acotados. El problema es que a menudo resulta imposible averiguar con exactitud qué titular cinegético debe responder, dada la dificultad de concretar cuál era el predio del que provenía el animal. Para estos casos, se establece el criterio de la solidaridad: *«a) Los propietarios u otros titulares de terrenos constituidos voluntariamente en cotos de caza serán responsables de los daños originados por la caza procedente del coto. Salvo pacto en contrario, los propietarios también responderán de los daños causados en los cultivos de sus fincas, cuando las tuvieren cedidas en arrendamiento y se hubieren reservado el derecho de acotarlas. Esta responsabilidad será solidaria entre todos los que aportaron voluntariamente sus fincas al coto y, de no mediar otro acuerdo, la parte que corresponda abonar a cada uno se fijará en proporción a la superficie respectiva de los predios. A estos efectos, los propietarios y titulares de los cotos de caza se entenderán representados en la persona o personas a cuyo nombre figure inscrito el acotado».* La misma regla, expresada con mayor claridad, se encuentra en el artículo 63.4 de la Ley cántabra de Caza: *«Cuando no resulte posible precisar la procedencia de las especies cinegéticas respecto a uno o determinado de los varios terrenos de los que pudieran proceder, la responsabilidad por los daños causados será exigible solidariamente a los titulares cinegéticos o propietarios de todos ellos».* A su vez, el artículo 71.4 de la Ley aragonesa, la incluye también, añadiendo el interesante criterio de reparto o distribución que figura en el Reglamento estatal: *«De los daños de naturaleza agraria causados por especies cinegéticas cuya procedencia no sea susceptible de determinación respecto de uno de ellos responderán solidariamente los titulares de los terrenos cinegéticos colindantes a la finca del perjudicado, sin perjuicio del derecho de repetición que les pueda asistir entre ellos en proporción a la superficie colindante con el predio del perjudicado».* Para estos preceptos, el volumen de los predios expresa la probabilidad de que el animal provenga de una determinada finca y, consecuentemente, sirve para determinar el «cupo de causalidad» atribuible al titular del aprovechamiento cinegético: Cuanto mayor sea la superficie de la finca colindante, mayor es la probabilidad de que el animal proceda de ésta. Por eso se establece, coherentemente con la doctrina de la responsabilidad colectiva, que los deudores solidarios responden, en el ámbito de la relación interna, *«en proporción a la superficie colindante con el predio del perjudicado»*(233). Se

(233) Las cuotas de superficie que han de traducirse en cuotas de probabilidad causal y cuotas de indemnización parecen referirse, en el Reglamento estatal, al en-

tero volumen de las fincas colindantes. En cambio, la Ley autonómica da a entender que tales cuotas se refieren sólo a la parte que linda con el predio del perjudicado. Si

trata de un criterio de medición probabilístico («cuota de superficie») de la misma naturaleza que el de la «cuota de mercado» establecido (en los términos en que se dirá) para supuestos en que resulta imposible identificar al fabricante que proporcionó la unidad cuyo consumo generó la lesión(234).

En relación con la responsabilidad patrimonial, la doctrina de la causa anónima podría encajar en el artículo 140. 1 LPC y, de este modo, justificar la responsabilidad solidaria de todas las Administraciones involucradas en una actividad lesiva, aunque no pueda averiguarse cuál de ellas ocasionó el perjuicio(235). Está prevista también en los Principios

esto es así, nos encontramos ante la tipificación de dos criterios de medición probabilística diferenciados, uno basado en las cuotas de superficie (cuanto mayor es la superficie total de la finca, mayor es la probabilidad de que la especie cinegética que causó el daño provenga de ésta) y otro basado en las cuotas de superficie colindante (cuanto mayor es la zona limítrofe de un terreno con la finca del perjudicado mayor es la probabilidad de que el animal provenga de éste).

(234) Más adelante se enjuicia este precepto a la luz de la teoría general de la causalidad y la teoría del conocimiento judicial (Cap. IV, ap.III.3.2). En el epígrafe siguiente me ocupo de la responsabilidad por cuota de mercado, que es otro ejemplo de responsabilidad proporcional.

(235) El sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas parece admitir responsabilidades «sin causa» al regular los casos de concurrencia. La Administración que intervino en la actividad administrativa de la que resultó el daño (por ejemplo, un procedimiento administrativo bifásico o complejo) puede resultar condenada a abonar el *totum* indemnizatorio aunque quede demostrado que su participación careció de relevancia causal, sin perjuicio de que, en la relación interna con el resto de Administraciones involucradas, pueda reclamar la devolución de todo lo abonado. En efecto, el artículo 140.1 obliga de forma solidaria a todas las Administraciones que actúan conjuntamente, si se ha producido un daño del que se derivan responsabilidades, pero no exige que la intervención de la Administración que resulte efectivamente condenada haya tenido relevancia causal. A mi juicio, se trata de una especialidad del régimen de responsabilidad patrimonial, que quiere evitar que el administrado se vea perjudicado por la complejidad de la organización

administrativa (en parecido sentido, F. J. DE AHUMADA RAMOS, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Aranzadi, Elcano, 2000, p. 290). No lo entendió así el Consejo de Estado en el Dictamen núm. 3153, de 18 de noviembre de 1999 (comentado por J. V. MOROTE SARRIÓN, *La responsabilidad solidaria de las Administraciones Públicas en los procedimientos bifásicos*, RAP, núm. 154, 2001/1), en relación con un asunto en el que la Administración General del Estado se limitó a formalizar la decisión materialmente adoptada por los Tribunales de valoración y las Corporaciones locales en relación con determinados concursos para cubrir puestos de la función pública local. El Ministerio de Administraciones Públicas adoptó una resolución, que después fue declarada ilegal, por la que se excluía a uno de los concursantes. El concursante excluido reclamó una indemnización ante la Administración General del Estado y el Alto órgano consultivo declinó informar a su favor aduciendo que los perjuicios que sufrió no eran imputables al Estado, en el entendimiento de que éste no hizo sino formalizar actuaciones de otra Entidad Pública. En consonancia con el planteamiento expuesto, el profesor MOROTE (*ibidem*, pp. 124-125) ha criticado este pronunciamiento porque «las argumentaciones del Consejo de Estado sobre la poca relevancia de la participación de la Administración del Estado en la causación del daño no deben ser realizadas de cara al ciudadano, que en virtud de la solidaridad podrá dirigirse contra cualquiera de las Administraciones, independientemente de su mayor o menor participación, sino de cara a las Administraciones para la distribución de las porciones de responsabilidad». Como dice este autor, debió responsabilizarse al Estado, en tanto que participante en un procedimiento bifásico, admitiendo que, en vía de regreso, recuperase del

del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil del *European Group on Tort Law*(236).

3.2.5. La doctrina de la responsabilidad por cuota de mercado

La doctrina de la responsabilidad por cuota de mercado (*Market Share liability Approach*) se refiere a casos en que el juzgador verifica que el consumo de un producto genera un daño, pero desconoce la identidad del concreto fabricante porque la víctima es incapaz de acreditarlo por razones que no se le pueden imputar. Cuando las unidades puestas en circulación por los diversos productores tienen idéntica potencialidad lesiva, la teoría reconoce al perjudicado el derecho a ser indemnizado por los fabricantes, quienes habrán de compensar en proporción a su cuota de mercado, salvo que demuestren que no produjeron la concreta unidad cuyo consumo generó la lesión(237). Se impone así una regla de indemnización proporcional, pues la responsabilidad del fabricante se afirma

Ayuntamiento correspondiente el 100% de la cantidad pagada, porque su actuación no tuvo ninguna trascendencia en la producción del daño.

(236) Artículo 3:103. «*Causas alternativas: (1) En caso de una pluralidad de actividades, si cada una de ellas ha sido suficiente por sí sola para causar el daño, pero es dudoso cuál de ellas efectivamente lo ha causado, se considera que cada actividad es causa en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber causado el daño de la víctima. (2) Si, en el caso de una pluralidad de víctimas, es dudoso que una actividad haya causado el daño de una víctima concreta, pero es probable que no haya causado daño a todas las víctimas, se considera que la actividad es causa del daño sufrido por todas las víctimas en proporción a la probabilidad de que pueda haber causado el daño a una víctima concreta*» (traducción del original inglés es de MARTÍN CASALS, *Spanish Translation*, en AAVV, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, SprincherWienNewYork, Horn, 2005, p. 268). La regla que impone, en la relación interna, la distribución de la indemnización entre los deudores solidarios está en el artículo 9:102, recogido en este Capítulo, ap. III.3.2.2.

(237) Se trata, en realidad, de un supuesto de hecho de daño causado por miembro indeterminado de grupo que se plantea en el ámbito de la responsabilidad civil por daños derivados de producto. Las hipótesis tomadas en consideración tanto por la doctrina de la responsabilidad colectiva como la de la responsabilidad por cuota de mercado se caracterizan por la incertidumbre en cuanto a quién fue el autor

de la lesión y por la certidumbre de que fue uno entre varios sujetos identificados cuya conducta ilícita fue idéntica. No obstante, entre ambos casos median diferencias que afectan al número de víctimas y al momento y lugar en que se produce el daño. La responsabilidad colectiva ha sido aplicada tradicionalmente a casos en que, frente a la pluralidad de posibles autores, hay una sola víctima. En cambio, la teoría que ahora nos ocupa contempla supuestos en que hay una pluralidad de víctimas. Estos últimos son ejemplos de «daños masivos», en los que, además de la certeza de que uno de los integrantes de un grupo determinado ocasionó el menoscabo, se tiene la de que ninguno de los posibles (agentes) dañosos causó todos y cada uno de los perjuicios sufridos por la pluralidad de víctimas (así, citando una doctrina alemana, A. RUDA GONZÁLEZ, *Entre todo y nada. Una visión crítica de la responsabilidad por cuota de mercado*, R. Asoc. Esp. Abogs. Especs. Resp. civ. Seg., núm. 5, 2003/1, p. 23 y *La responsabilidad por cuota de mercado a juicio*, InDret. Revista para el análisis del Derecho, www.indret.com, 3/2003, pp. 15-16). Por otro lado, en las hipótesis de responsabilidad por cuota de mercado los (posibles) agentes dañosos no actúan a la vez ni en el mismo lugar; mientras que, los supuestos de responsabilidad colectiva refieren a un grupo en sentido estricto y a actuaciones potencialmente lesivas que coinciden espacio-temporalmente (R. DE ÁNGEL, *Actuación dañosa de los grupos*, R. Jur. Cataluña, 4/1997, pp. 975-1006).

sólo en la medida de las probabilidades de que fuera causante del daño; y se calcula esa medida atendiendo a su cuota de mercado bajo el entendimiento de que cuanto mayor es, mayor es la probabilidad de que ocasionara el perjuicio.

La responsabilidad por cuota de mercado, al igual que la responsabilidad colectiva, impone una regla de responsabilidad o indemnización proporcional que atiende a las probabilidades de que el agente causara el daño. Hay, no obstante, dos importantes diferencias que afectan al momento o relación en que opera el criterio de la indemnización probabilística, por un lado, y al método o forma de cálculo de las probabilidades de que el agente dañoso causara el daño, por otro. En la responsabilidad colectiva, la reparación proporcional se impone sólo en la relación interna de los diversos miembros del grupo que, frente a la víctima, están obligados *in solidum*. En la responsabilidad por cuota de mercado, se establece directamente, sin que, por tanto, las víctimas tengan derecho a recabar el 100% de cualquiera de los productores. A su vez, la doctrina de la causa anónima no determina las reglas conforme a las cuales han de calcularse las probabilidades de causalidad, que habrán de ser los criterios generales con que se averigua en el marco de un proceso el grado de correspondencia de un hecho con la realidad objetiva(238). La teoría de la cuota de mercado, en cambio, introduce un rígido criterio de medición, pues equipara la probabilidad de que el fabricante ocasionara el daño al volumen de su mercado(239).

La primera y más emblemática aplicación de la teoría tuvo lugar en el asunto *Sindell versus Abbott Laboratories* (1980), resuelto por el Tribunal Superior de California. Durante la década de los cincuenta del pasado siglo, un medicamento denominado dietilstilbestrol (DES), indicado para mujeres con riesgo de aborto involuntario, fue distribuido en los Estados Unidos. Las hijas de las consumidoras padecieron graves problemas de salud (tras-

(238) No obstante, hay disposiciones españolas que, según hemos visto en el apartado anterior, tipifican un criterio *especial* de cálculo en supuestos de causa anónima o responsabilidad colectiva: la «cuota de superficie». Me refiero a los preceptos que, en supuestos en que se desconoce el lugar del que procedía la especie cinagética que provocó el daño, se obliga solidariamente a los titulares de derechos personales o reales de los terrenos de los que pudo provenir y, en la relación interna, se calibra el grado de su responsabilidad en proporción a la superficie colidante con el predio del perjudicado [art. 35.1.a) Decreto 506/1971, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la Ejecución de la Ley de Caza de 4 de abril de 1970; art. 71.4 Ley 5/2002, de 4 de abril, de Caza de Aragón].

(239) Esta circunstancia determina muy probablemente que en Europa se admita corrientemente la doctrina de la responsabilidad colectiva, pero no la de la responsabilidad por cuota de mercado. Ambas afirman derechos resarcitorios en supuestos en que no puede apreciarse la existencia de un auténtico vínculo causal natural. La diferencia sustancial radica en los criterios con que se calculan las probabilidades causales. La teoría norteamericana, afirmada sin matices para todo el ámbito de la responsabilidad por productos, desplaza los criterios generales o «reglas de la sana crítica» y, en su lugar, emplea un rígido criterio que no garantiza la calidad epistemológica del grado probabilístico hallado. Sobre el particular, Cap. IV, ap. III.3.

tornos uterinos, cáncer y otros tumores) y, en algún caso, la muerte. La Sra. Sindell, una de las afectadas, demandó junto a otras a los principales fabricantes de DES del Estado de California. El Tribunal estimó que había quedado acreditado que las lesiones alegadas fueron producto del consumo de DES. Sin embargo, no pudo probarse qué concreto fabricante puso en circulación las pastillas que fueron consumidas por las madres de las demandantes. Éstas no recordaban la marca del medicamento por ser éste uno de tipo genérico y haber transcurrido varias décadas desde su utilización. A su vez, el número total de fabricantes o posibles agentes dañosos era muy amplio (200 aprox.); y las víctimas no habían nacido aún cuando se produjo el hecho ilícito desencadenante. Pese a esta falta de acreditación, el Tribunal condenó a los fabricantes a indemnizar en proporción a su cuota de mercado bajo el entendimiento de que tal cuota expresa el grado exacto de probabilidad de que las víctimas hubieran dejado de sufrir los perjuicios de no haber mediado el hecho ilícito. Se consideró así que los fabricantes tenían más probabilidades de ser autores de las lesiones cuanto mayor fuera su participación en el mercado de DES; y que debían indemnizar en función de esas probabilidades.

Elaborada por la doctrina científica⁽²⁴⁰⁾ y adoptada en 1981 por el Tribunal Superior de California, la teoría de la responsabilidad por cuota de mercado ha sido recibida en los Estados Unidos como una revolución, dando lugar a que se someta a revisión la teoría clásica de la causalidad para acomodarla de algún modo a una especie de principio general de responsabilidad proporcional (*proportional liability*)⁽²⁴¹⁾. No obstante, la jurisprudencia norteamericana es tendencialmente contraria a extrapolar la doctrina de la *Market Share Liability* a otros ámbitos, como el medio ambiente (*Pollution Share Liability Approach*); y, dentro de la responsabilidad por productos, cuando no niega su corrección técnica, subordina su aplicación a la observación de rigurosos requisitos⁽²⁴²⁾. En Europa, el Libro Verde de la Comisión sobre responsabilidad civil por productos defectuosos, de 28 de julio de 1999, propone la introducción de la responsabilidad por cuota de mercado⁽²⁴³⁾, aunque los sistemas nacionales son más propensos a aplicar la doctrina de la responsabilidad colectiva⁽²⁴⁴⁾ o a negar cualquier género de tutela bajo el entendimiento de

(240) Naomi SHEINER, *Des and a Proposed Theory of Enterprise Liability*, Fordham L. Rev., 1978, pp. 963-1007.

(241) Sobre esta corriente, Cap. VII, ap. III.

(242) Vide A. RUDA GONZÁLEZ, *Entre todo...*, cit., pp. 13-29, y *La responsabilidad...*, cit., 30 pp.

(243) COM (1999) 396, p. 20.

(244) La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Holanda, de 9 de octubre de 1992 [comentada por M. A. PARRA LUCÁN, *The proof of a causal relationship. Damages caused by identical products made by different manufacturers (Comments on the Judgment of the Dutch Supreme Court of 9 October*

1992. *The possible solution offered by the Spanish legal order*), European Rev. Priv. L., 1995, pp. 414-430; y, partiendo de las aportaciones de la anterior, por V. MÚRTULA LA FUENTE, *La responsabilidad...*, cit., pp. 286-287], al resolver un caso de lesiones derivadas del consumo de DES, declinó expresamente aplicar la teoría norteamericana por considerarla menos protectora que la de la responsabilidad colectiva. La víctima fue incapaz de demostrar qué laboratorio suministró la concreta unidad consumida por lo que declaró la responsabilidad solidaria de los nueve fabricantes demandados, dando lugar a que la víctima obtuviera la reparación íntegra del daño padecido. Los

que en las hipótesis consideradas no resulta acreditada la relación de causalidad(245).

3.3. Comparación

La doctrina del concurso de causas (entendida en un sentido amplio, aglutinante de las de la culpa de la víctima, la participación de tercero y la intervención de fuerza mayor) hace frente a supuestos de causalidad *concurrente* o *cumulativa*, en los que varios actos independientes entre sí habrían producido por sí solos el resultado dañoso. Las doctrinas de la responsabilidad colectiva y por cuota de mercado se refieren a supuestos de causalidad *alternativa* o *disyuntiva*, en los que el daño deriva de la conducta de un sujeto o del comportamiento de otro, pero no de ambos a la vez(246). La teoría de la pérdida de oportunidad, en cambio, se proyecta, no sobre casos de causalidad concurrente o alternativa, sino sobre supuestos de causalidad *ausente* o *incierta* en los que las probabilidades de que no se hubiera producido el daño no alcanzan la entidad que permite apreciar la efectividad del elemento etiológico, por lo que no puede siquiera tratar de catalogarse como cumulativa o disyuntiva.

Cuando se está ante hipótesis de concurso de causas, se sabe que el daño enlaza causalmente con la intervención de varios factores. Si tales hipótesis son de causa «sospechada», se sabe que el daño está etiológicamente unido al comportamiento de uno de los miembros de la colectividad, por más que no pueda determinarse exactamente cuál. En cambio, en los supuestos de pérdida de oportunidad se ignora si el daño es o no

hechos tuvieron lugar antes de la entrada en vigor de la Directiva 85/374/CEE sobre responsabilidad por productos defectuosos, pero, según MÚRTULA, de haberse podido aplicar el régimen legal resultante de su adaptación al Derecho holandés, el Tribunal habría tenido que absolver a los fabricantes por tratarse de un caso de «riesgo de desarrollo» y por haber transcurrido más de diez años desde la puesta en circulación del producto (arts. 185.1 e y 191.2, Libro 6, CC holandés). El Tribunal Supremo español no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre asuntos de este tipo, pero, según se ha dicho, aplicaría el criterio de la solidaridad (M. A. PARRA LUCÁN, *The proof...*, cit., p. 424). La Audiencia Nacional ha resuelto ya un asunto de lesiones derivadas de DES, si bien el recurso se dirigía contra la Administración, por haber autorizado la comercialización del medicamento. Se trata de la sentencia de la Sala 3ª –Secc. 4ª–, de 6 de marzo de 2002 (comentada por V. MÚTULA LA FUENTE, *La responsabilidad...*, cit., pp. 286-287) que, pese

a apreciar que el consumo del fármaco «pudo generar en la fallecida hija de la actora el mal irremediable que le situó en los umbrales de la muerte, que traspasó», absolvió a la Administración demandada por considerar que en el momento en que tal fármaco fue consumido «el estado de los conocimientos científicos en nuestro país impedía conocer los efectos negativos ligados al mismo», invocando al efecto la cláusula de exoneración por riesgos de desarrollo establecida en el artículo 141.1 LPC. Sobre los riesgos de desarrollo, *vid.*, en este Cap., ap. III.2.1.2.

(245) La doctrina alemana dominante es contraria a la responsabilidad por cuota de mercado (*Marktanteilhaftung*). Por todos, E. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...*, cit., pp. 340-341.

(246) La denominación ha sido acuñada por la doctrina alemana (E. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...*, cit., p. 331); y ha sido adoptada por los autores españoles. Por todos, V. MÚTULA LA FUENTE, *La responsabilidad...*, cit., pp. 68-70.

consecuencia del hecho ilícito. Las hipótesis de pérdida de oportunidad lo son, precisamente, porque no puede afirmarse una relación causal susceptible de ser calificada. En rigor, los casos en que se aplica la doctrina de la responsabilidad colectiva son también de causalidad incierta, pues se ignora si la conducta del miembro de un grupo provocó el daño. Sin embargo, la circunstancia de que se sepa que una actuación, de entre un número determinado, ha causado el daño aporta un elemento de certeza que no está presente en las hipótesis de pérdida de oportunidad.

Así, por ejemplo, ante la pérdida de una posibilidad de sobrevivencia producida como consecuencia de un diagnóstico tardío de la enfermedad, el fallecimiento pudo deberse a la *confluencia* de diversos factores, de un lado, la patología aportada por la propia víctima, y, de otro, la negligencia médica, que pudo contribuir en la producción del daño al impedir la tempestiva aplicación del tratamiento correcto. Ahora bien, esos factores pudieron estar relacionados en términos de estricta *alternatividad* porque la muerte pudo deberse única y exclusivamente a la patología, sin que la conducta médica interviniera en su producción; o pudo deberse única y exclusivamente a la negligencia del sanitario, si, de no haber mediado esta última, se hubiera evitado el mortal resultado. Por eso lo que caracteriza las hipótesis de pérdida de *chance* frente a las de las otras doctrinas consideradas es, precisamente, la imposibilidad radical de afirmar la causalidad misma, ligada a la ausencia de información o elementos suficientes de conocimiento.

Las circunstancias que determinan la aplicación de estas doctrinas son, pues, distintas: en un caso, la certidumbre de que el daño es producto de la colaboración causal de varios factores; en otro, la incertidumbre en torno a cuál de los miembros de un grupo generó el perjuicio y la certidumbre de que sólo uno de ellos ha podido provocarlo; y, en el que aquí interesa específicamente, la incertidumbre en torno a si un sujeto causó o no el menoscabo, que impide afirmar el nexo de causalidad, y la certidumbre de que la víctima albergaba una posibilidad seria y real de obtener un beneficio, que habilita el libramiento de la reparación fraccionada. Hay, pues, tres grupos de casos perfectamente diferenciables que, no obstante, tienen el denominador común de que plantean problemas relacionados con un mismo elemento: la causalidad. A su vez, aunque para cada uno de ellos se han propuesto doctrinas diversas, lo cierto es que todas comparten un mismo contenido: una regla de indemnización parcial, que descuenta del valor total del daño una parte proporcional a la incidencia de determinados elementos. Las cuotas porcentuales que se descuentan del valor total del daño se corresponden, en supuestos de concurrencia (culpa de la víctima, intervención de tercero, contribución de fuerza mayor), con unas *cuotas de causalidad*, que expresan el grado de incidencia de las diversas acciones determinantes de la producción de la lesión; y en los casos de incertidumbre causal (causa anónima y oportunidad perdida), con unas *cuotas de incertidumbre*, que, derivadas de la carencia de elementos suficientes de juicio, reflejan las probabilidades de que el responsable no fuera autor material de la le-

sión. Esas cuotas de incertidumbre expresan la ignorancia en cuanto a qué concreto individuo entre varios identificados realizó la conducta lesiva, en un caso; o, sin más, la ignorancia en cuanto si el hecho ilícito tuvo o no incidencia en la producción del daño, en otro.

Dejando al margen la cuestión de la oportunidad perdida y el problema de su encaje en el ordenamiento jurídico español, puede concluirse que, en España, de la misma manera que en todos los sistemas de nuestro entorno, se acude sin discusión, en el marco de teorías de diverso signo, a una regla de indemnización fraccional para hacer frente a un conjunto de supuestos que plantean problemas relacionados con el nexo de causalidad y su prueba. Conforme a esta regla, el cómputo de la indemnización ha de reflejar la incidencia de factores externos al agente dañoso, en supuestos de concurrencia, o la probabilidad de que éste no fuera causante, en hipótesis de causa anónima. Por eso es importante retener que la regla de la responsabilidad proporcional que se establece a través de la doctrina de la pérdida de oportunidad no resulta en absoluto ajena al sistema jurídico español que, en el marco de diversas teorías, la utiliza en supuestos problemáticos de causalidad.

3.4. La responsabilidad proporcional como regla incompatible con la concepción tradicional de la causalidad

Lo cierto es que resulta difícil explicar dogmáticamente la regla de responsabilidad proporcional que consagra la doctrina de la oportunidad perdida, pues el sistema español condiciona el surgimiento del crédito resarcitorio a la presencia de un lazo causal físico y natural, único e indivisible, así como cierto y efectivo. Esta doctrina, al igual que las de la concurrencia de causas, la causa anónima y la responsabilidad por cuota de mercado contienen una regla de compensación parcial que plantea un formidable desafío a la teoría general de la causalidad, que se ha basado tradicionalmente en la regla de la indivisibilidad de la causa, según la cual, en la realidad objetiva, la causa natural es o no es, por lo que, en el mundo del Derecho, ha de afirmarse o negarse enteramente, sin que, por tanto, quepa fracturarla, afirmando la existencia de causalidades parciales o probabilísticas. Por eso no es de extrañar que un planteamiento radicado en la concepción clásica de la causalidad haya imperado durante largo tiempo para negar las teorías de la culpa de la víctima, la intervención de tercero y la causa anónima (la denominada teoría del “todo o nada”); y que, en la actualidad, siga haciéndolo en alguna medida para rechazar las doctrinas de la fuerza mayor concurrente, la responsabilidad por cuota de mercado y la pérdida de oportunidad.

Esta investigación intentará ubicar el problema de la oportunidad perdida en el marco de la teoría general de la causalidad (Cap. IV) y examinará específicamente lo argumentos en contra (Cap. V) y a favor de esta técnica resarcitoria (Caps. VI-VII), tratando de averiguar cuál

puede ser su juego dentro del Derecho español, incluido el que regula la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (Caps. VIII-IX). Pues bien, este análisis no puede prescindir del dato de que, en nuestro país, la jurisprudencia, la doctrina y el propio legislador han acogido la regla de la responsabilidad proporcional para hipótesis, tanto de causalidad concurrente como de causalidad alternativa. Por eso, a medida que avance el estudio de los argumentos favorables y contrarios a la noción de oportunidad perdida, se irán explicando los fundamentos en que se apoyan los partidarios y detractores de esas otras doctrinas.

Naturalmente, antes de realizar estas tareas, hay que examinar la manera en que la teoría de la *chance* ha sido aceptada en nuestro sistema jurídico y en los de nuestro entorno. Tal cosa se lleva a cabo en los Capítulos que siguen, donde se expone, por un lado, el proceso de formación de la teoría en las culturas jurídicas del *Droit Civil* y del *Common Law*, que la han exportado a textos legales, *soft law* y sentencias de instituciones europeas y americanas (Cap. II); y, por otro, el modo en que tal teoría ha sido recibida en el Derecho español (Cap. III).

CAPÍTULO SEGUNDO

LA FORMACIÓN Y LA EXPANSIÓN DE LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

I. Planteamiento

El Derecho de la responsabilidad civil, tanto en la cultura jurídica del *Common Law*, como en la del *Civil Law*, es un Derecho eminentemente judicial. Su verdadera consistencia se conoce atendiendo, más que al Derecho legislado, a la jurisprudencia, pues la mayor parte de los problemas que surgen en el funcionamiento del instituto, no contemplados muchas veces en los preceptos legales, han tenido que resolverse mediante decisiones jurisdiccionales⁽²⁴⁷⁾. Junto con la jurisprudencia ha cumplido una función decisiva la doctrina de los autores. El que éstos guíen y movilicen a los tribunales es un fenómeno normal en cualquier institución jurídica⁽²⁴⁸⁾, pero especialmente en la que nos ocupa⁽²⁴⁹⁾.

(247) Sobre el tema, refiriéndose específicamente a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, L. MARTÍN REBOLLO, *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1977, pp. 38-39; y, en general, J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. 3º, Bosch, Barcelona, 1983, p. 76, destacando la paradoja de que el Derecho español de daños «tiene una base estrictamente legislativa mucho más reducida que la de otros países que oficialmente lo son de Derecho judicial».

(248) J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*, t. I, Iustel, Madrid, 2004, pp. 168-170. Sobre el papel de la doctrina ha aparecido recientemente una monografía: T. RUBIO GARRIDO, *La doctrina de los autores. De fuente jurídica primaria a la vulgarización e irrelevancia*, Comares, Granada, 2006.

(249) Y, dentro de ésta, muy especialmente en lo referente a la responsabilidad civil de las Administraciones públicas. En relación con las garantías derivadas del sistema de responsabilidad patrimonial, GONZÁLEZ PÉREZ (*Responsabilidad Patrimonial...*, cit., p. 45) ha escrito que «[h]a sido siempre la doctrina la que, superando obstáculos y resistencias, ha ido logrando introducir en las leyes aquellas garantías»; y que

«[l]a jurisprudencia española no ha jugado papel alguno en el proceso de afirmación del principio [de la responsabilidad patrimonial del Estado y demás entes públicos], a diferencia de la decisiva influencia que tuvo en otros Ordenamientos. En éste, como en tantos otros aspectos de la estructuración del Estado de Derecho, nuestros Jueces no se han caracterizado por su originalidad ni por su audacia. Respetuosos, sumamente respetuosos con quienes, en cada momento, han detentado el Poder, tradicionalmente han sido una rémora en las conquistas del ciudadano en sus relaciones con los Poderes públicos que definen el Estado de Derecho». El trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA publicado como artículo en 1955 (*Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, ADCl, 1955/4) y, poco después, con alguna variante, como libro (*Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, Inst. Ests. Políts., 1956, reeditado, Civitas, Madrid, 1984 [aquí se cita la reedición]) ha marcado el antes y el después de la responsabilidad civil de las Administraciones públicas en España. Ha sido considerado el estudio dogmático más importante que, sobre la responsabilidad por daños de la Administración, se ha llevado a cabo entre nosotros, punto de referencia imprescindible

En materia de daños es habitual que las teorías y doctrinas sean afirmadas judicialmente por influjo de los autores; que las soluciones genuinamente judiciales sean después moldeadas y perfiladas por los miembros de la comunidad jurídica; e, incluso, que el legislador acoja unas y otras, primero en normas sectoriales y, después, en normas de carácter general.

Por otro lado, es bien sabido que las teorías, doctrinas o soluciones jurídicas, una vez consolidadas dentro de un sistema jurídico, cruzan a veces fronteras, implantándose en otros ordenamientos. Este fenómeno, tan viejo como el Derecho mismo, se ha intensificado considerablemente en la actualidad⁽²⁵⁰⁾. Es frecuente que el legislador y los tribunales españoles reciban, a través del Derecho comunitario, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o de otras organizaciones europeas, técnicas y teorías que, en realidad, son genuinas de la experiencia jurídica de otro

ble para la explicación de los rasgos fundamentales del régimen que la LEF inauguró en 1954 (L. MARTÍN REBOLLO, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica*, Document. adm., *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, núms. 237-238, 1994/1, p. 33). Su importancia no se circunscribe al ámbito administrativo, pues el autor pretendió aportar los cimientos sobre los que edificar una teoría unitaria de la responsabilidad civil y, de hecho, adelantó gran parte de los principios y conceptos que han asumido después la legislación, la jurisprudencia y la doctrina del Derecho civil (cfr. L. MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad patrimonial...*, cit., pp. 119-154). En todo caso, el protagonismo de la academia ha sido una constante, en general, en todo el Derecho de daños, y no sólo el español. Al respecto, Basil Spyridonos MARKESINIS, *Doscientos años de un famoso Código: ¿Qué deberíamos estar celebrando?*, trad. J. Moguel y M. Martín Casals, InDret, Revista para el Análisis del Derecho, www.indret.com, núm. 249, 2004, pp. 2-6.

(250) La situación de «interconexión de ordenamientos jurídicos» es, según se ha dicho, una de las características propias de nuestro tiempo (L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos. Perspectiva española y europeas*, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2006, p. 14). Al respecto, son fundamentales, además de las aportaciones del profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO [*La Europa de los Derechos Humanos (de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 al Convenio de Roma de 1950, pasando por el*

Tratado de Maastricht, en *La Europa de los Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 1998, pp. 29-63; *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, discurso 25 oct. 2004 en recepción pública en Real Acad. Jurispr. Legis., contestación E. García de Enterría, Thomson/Civitas, Madrid, 2004, recensionado por la profesora Leonor RAMS RAMOS (RAP, núm. 167, 2005, pp. 519-524)], las de Eberhard SCHMIDT-ABMANN (*Les influences réciproques entre les droits administratifs nationaux et le droit administratif européen*, Act. Jur. Droit adm., núm. especial, *Droit Administratif et Droit Communautaire*, 1996, pp. 146 ss.; *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, trad. M. Bacigalupo Saggese, J. Bárcenas Vázquez, J. García Luengo, R. García Macho, A. Huergo Lora, J. M. Rodríguez de Santiago, G. Valencia Martín, F. Velasco Caballero, prólog. A. López Pina, Marcial Pons/Inap, Madrid, 2003, pp. 40-50) y Sabino CASSESE (*Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, Riv. trim. dir. pubbl., 1/2002; *L'erosione dello Stato: una vicenda irreversibile*, in *Dallo Stato monoclassico alla globalizzazione*, ISLE/Giuffrè, Milano, 2000; *El espacio jurídico global*, lección magistral de 21 de enero de 2002 con ocasión del Doctorado *honoris causa* concedido por la Univ. Castilla-La Mancha, trad. M. J. Calvo Montoro, en Investidura como Doctor «Honoris Causa» del Excmo. Sr. Sabino Cassese, Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 2002, pp. 36 ss.; *La globalización jurídica*, pról. L. Ortega Álvarez, trad. L. Ortega Álvarez, I. Martín Delgado, I. Gallego Córcoles, Inap/Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 11-32, 115-128, 165-174, 183, 190).

u otros sistemas nacionales; y lo es cada vez más en el ámbito de la responsabilidad civil. La materia social y económica sobre la que se proyecta el instituto (es decir, la poliforme producción de daños), se caracteriza por ser, en gran medida, idéntica en muchos de los países europeos y esta coincidencia facilita la consecución de respuestas convergentes mediante su importación directa y voluntaria o indirecta y obligada (p. ej., a través de Reglamentos o Directivas comunitarias). De esta forma se avanza hacia la consecución de un *ius commune europeum*; y este proceso empieza a ser patente en el marco del Derecho de daños en sus dos vertientes subjetivas fundamentales, la que afecta a los particulares⁽²⁵¹⁾ y la que refiere a los Poderes Públicos⁽²⁵²⁾.

La doctrina de la oportunidad perdida es el fruto de la interacción de estos dos fenómenos, relativo al primero a la *formación* de las doctrinas; y referido al segundo a su *recepción* en otros sistemas jurídicos. En efecto, la gestación de la teoría de la pérdida de oportunidad en los Derechos francés, inglés, estadounidense, canadiense, australiano, belga, holandés o italiano constituye una manifestación paradigmática del papel protagonista que, por lo general, han asumido los Tribunales en la elaboración del Derecho de la responsabilidad civil, cuyos razonamientos y soluciones, adelantados o teorizados después por la doctrina, acaban teniendo reflejo en algunos textos legales. A su vez, su recepción en el Derecho español ejemplifica perfectamente cómo las organizaciones de ámbito europeo (la Unión Europea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y otras organizaciones), han favorecido la creciente interconexión de los sistemas jurídicos nacionales, pues la doctrina de la pérdida de oportunidad ha llegado a nuestro país, en buena medida, a través de

(251) Vide AAVV, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Springer-WienNewYork, Horn, 2005; M. BONA, *Comparative Report on Personal Injury Compensation in Europe*, en AAVV, *Personal Injury Compensation in Europe*, dir. W. Resch, coords. M. Bona y Ph. Mead, Peopil Research Group/Kluwer, Deventer, 2003, pp. 531-626, *Towards the «europeanisation» of personal injury compensation? Contexts, tools, projects, materials and cases on personal injury approximation in Europe*, en AAVV, *Personal Injury... Europe*, cit., pp. 641-676, *Protection of secondary victims in the «European Laboratory» of the Strasbourg Court and Prospects for Harmonisation*, en AAVV, *Personal Injury Compensation in Europe Series: Fatal Accidents & Secondary Victims*, dir. M. Bona, Ph. Mead, S. Lindenbergh, XPL Publishing, St. Albans (United Kingdom), 2005, pp. 457-522; H. KOZIOL/B. STEININGER, *European Tort Law 2002*, AAVV, bajo su dir., European Group of Tort Law, Springer, Wien, 2003; S. LINDENBERGH, *The protection of Secondary*

Victims: A Comparative Overview, en AAVV, *Personal Injury... victims*, cit., pp. 405-438.

(252) En este orden de ideas, E. GUICHOT (*La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 671) ha advertido cómo la jurisprudencia del TJCE en materia de responsabilidad estatal por incumplimiento del Derecho comunitario puede influir sobre los propios sistemas nacionales, «que beberían así las aguas que brotaron en su momento del caudal jurídico de los diferentes Estados miembros». Se han referido también a la formación de un *ius commune* en materia de responsabilidad civil del Estado, entre otros, O. MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, pról. E. García de Enterría Martínez-Carande, Civitas, Madrid, 2002, p. 68; y L. MEDINA ALCOZ, *Spanish Law System and Internationalization of Human Rights Protection*, *European Rev. Public Law*, núm. LXXXIII, jun. 2006, pp. 509-512.

una Directiva comunitaria y la jurisprudencia del Tribunal estrasburgués(253).

Las páginas que siguen exponen los detalles de este proceso de gestación y consolidación de la teoría de la *chance*. En particular, este Capítulo se refiere a su nacimiento y reflejo en documentos internacionales de los ámbitos europeo y americano; y el siguiente a su recepción española. A mi juicio, un estudio de este tipo es interesante en sí mismo. No obstante, aquí se realiza con un objetivo muy concreto, que es el de aportar una serie de elementos que, desde mi punto de vista, no puede desconocer un análisis dogmático que examine la manera en que la figura puede cohonestar con la teoría general de la responsabilidad civil del Derecho español. Me refiero a la postura proclive a la reparación proporcional de daños, cuya ligazón causal no es segura; y que se vislumbra tanto en España como en el panorama internacional a través de multitud de sentencias, normas sectoriales, documentos de diverso tipo y trabajos doctrinales.

II. La formación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en los sistemas de «Droit Civil» y «Common Law»

1. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD COMO DOCTRINA DE CUÑO JURISPRUDENCIAL

La configuración de la pérdida de *chance* como daño resarcible corresponde a una doctrina de cuño jurisprudencial surgida casi simultáneamente a finales del siglo XIX y principios del XX, sin que sean visibles influencias recíprocas, en países del *Droit Civil* (Francia) y del *Common Law* (Inglaterra, Estados Unidos, Canadá) en supuestos de responsabilidad por incumplimiento contractual. A través de ella quiso indemnizarse a quien perdía una oportunidad de victoria en un proceso, concurso o certamen por culpa de un deudor incumplidor. La doctrina se caracterizó así, al inicio de su andadura, por la rapidez de su expansión y la estrechez de su ámbito material de aplicación(254).

En Francia, la primera resolución que invoca una oportunidad perdida

(253) Lo cierto es que, por lo general, quienes han escrito sobre la influencia que el entorno europeo ejerce sobre los sistemas nacionales de responsabilidad del Estado, se refieren principalmente al Derecho comunitario y a la jurisprudencia del TJCE. En esta investigación interesa más bien la jurisprudencia del TEDH porque su influjo sobre el Consejo de Estado ha favorecido la recepción de la teoría de la pérdida de oportunidad en España.

(254) Esta identidad de evolución no deja de ser curiosa. La *chance* surge casi simultáneamente para resolver el mismo

tipo de casos en Francia y en Inglaterra sin que, en principio, parezca que haya habido influencias recíprocas. Según parece, el *Common Law* y el *Droit Civil* siguen incommunicados en este punto, como pone de manifiesto el hecho de que la ingente literatura científica producida en la materia en el ámbito del primero ni siquiera menciona los orígenes franceses de la teoría; y que la doctrina europea continental, hasta fechas muy recientes, no ha tenido en cuenta las aportaciones del Derecho inglés y norteamericano.

es el *arrêt* de la *Cour de Cassation (Chambre de Requetes)*, de 17 de julio de 1889, en relación con la culpa de un *huissier* judicial que impidió la tramitación de un proceso(255). La misma doctrina de la *chance* fue utilizada después por la Sala de lo Civil del Tribunal de Casación en sentencia de 17 de marzo de 1911, relativa a un mandatario procesal que se abstuvo de ejercitar la acción, consolidándose definitivamente en el *arrêt* de la *Chambre de Requetes* de 26 de mayo de 1932, sobre la actuación negligente de un notario(256).

En Inglaterra, la primera sentencia que indemnizó la pérdida de una *chance*, *leading case* en la materia, se remonta a 1911: el asunto *Chaplin v. Hichs*, de la *Court of Appeal*, que admite la resarcibilidad de la posibilidad frustrada de ganar un concurso de belleza. Un agente teatral convocó un concurso de tal signo, con el compromiso de contratar como actrices durante tres años a las 12 candidatas que él eligiera entre las 50 más votadas por los lectores de un periódico, abonando 20 libras esterlinas mensuales a las 4 primeras, 16 a las 4 siguientes y 12 a las otras 4. La demandante fue una de las preseleccionadas, pero el agente no le comunicó la fecha de la entrevista personal prevista en las reglas del concurso, de modo que no fue una de las 12 finalmente elegidas; y su demanda fue acogida con el reconocimiento de una indemnización de 100 libras. La explicación técnica del caso es que la demandante tenía una posibilidad entre cuatro de ser escogida, por lo que esa *chance* constituía un valor económico que, al serle sustraído, debía dar lugar a la correspondiente indemnización(257).

En los Estados Unidos existen varios antecedentes jurisprudenciales de principios de siglo en el ámbito del *Law of Contracts*(258), pero los autores están de acuerdo en afirmar que la doctrina de la *chance* sólo empezó a desarrollarse a partir del asunto *Chaplin v. Hichs*, que proporcionó una nueva aproximación a los problemas de pérdida de oportunidad en todo el ámbito del *Common Law* (259). Tributarias de esta nueva perspectiva fueron, por ejemplo, las sentencias de la *Texas Court of Civil Appeals* de 1917, en el asunto *Kansas City M. & O. Ry. Co. V. Bell*, que reconoció al demandante el valor de la oportunidad de ganar el premio disputado en una feria ganadera frustrada por el retraso en el transporte de los animales; y del Tribunal Supremo de Iowa, de 1921, en el caso *Wachtel v. National Alfalfa Journal Co.*, que tutela por este concepto a un sujeto que no pudo obtener el galardón

(255) F. CHABAS, *Cent ans...*, cit., p. 21.

(256) F. CHABAS, *La perdita...*, cit., pp. 227 ss.

(257) Vide M. A. JONES, *Textbook on Torts*, 4ª ed., Blackstone press limited, London, 1993, p. 146. A este caso se han referido también autores italianos (C. SEVERI, *Perdita...*, cit., nota 22, p. 301) y españoles (A. SOLER PRESAS, *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, pról. F. Pantaleón Prieto, Aranzadi, Elcano, 1998, p. 76).

(258) No obstante, S. F. BRENNWALD (*Proving causation in «loss of a chance» cases: a proportional approach*, Catholic Univ. L. Rev., núm. 34, 1985, p. 771) y T. A. WEIGAND (*Loss of chance in medical malpractice: the*

need for caution, Massachusetts L. Rev., núm. 87, 2002, p. 5) citan una sentencia del Tribunal Supremo de Ohio de 1867 que, según dicen, afirmó que la pérdida de oportunidad de curación constituye un daño indemnizable. En ella se declara que «cualquier [negligencia] (...) que priva de posibilidades de curación al paciente constituye una lesión en sentido jurídico».

(259) L. R. ELLIS, *Loss of chance as technique: toeing the line at fifty percent*, Texas L. Rev., núm. 72, 1993, pp. 376 ss.; H. R. FELDMANN, *Chances as protected interests: recovery for the loss of a chance and increased risk*, Univ. Baltimore L. Rev., núm. 17, 1987, pp. 140 ss.

al mejor vendedor porque su empresa anuló el certamen, privándole de una posibilidad de victoria(260).

En Canadá, el Tribunal de Apelación de Ontario aplicó en 1925 la teoría de la oportunidad perdida a un caso similar (*Toronto Hockey Club v. Arena Gardens of Toronto Ltd.*); y es que en este país ha influido la doctrina angloestadounidense de la pérdida de oportunidad, pero también la jurisprudencia francesa, sobre todo en las controversias que resuelve la *Cour d'appel* de Quebec en última instancia(261).

A lo largo del siglo XX, la teoría se ha desarrollado y extendido considerablemente. Ha penetrado multitud de ordenamientos, si bien su grado de aceptación y desarrollo es desigual. A modo de aproximación y sin ánimo de exhaustividad, pueden fijarse tres tendencias que resumen, dentro del panorama internacional, las diferentes actitudes de los Tribunales ante la doctrina de la pérdida de oportunidad. Hay, en primer lugar, un conjunto de países, que incluye los que inventaron la figura (Francia, Inglaterra) y algunos de los que la adoptaron después (Bélgica, Italia, Argentina, Australia), donde la doctrina está perfectamente consolidada, aplicándose, además, en una variada gama de casos, sin limitarse ya a las *chances* referidas a concursos o procedimientos(262).

Francia ha alcanzado las más altas cotas de desarrollo y refinamiento de la doctrina de la pérdida de oportunidad(263). Se ha indemnizado, por ejemplo, la frustración irremediable de una posibilidad seria y real de victoria en: competiciones deportivas [hípicas(264) o atléticas(265)] y artísticas [pictóricas(266), escultóricas(267) o literarias(268)]; o en concursos públicos(269). También, entre muchas otras, la oportunidad perdida de que una ópera, cuyo tenor hubo de ser sustituido por otro de menor calidad, hu-

(260) Vide M. T. MANGAN, *The loss of chance doctrine: a small price to pay for human life*, South Dakota L. Rev., núm. 42, 1997, pp. 285-293; L. R. ELLIS, *Loss...*, cit., pp. 377-382.

(261) K. COOPER, *Assessing Possibilities in Damage Award. The loss of a chance or the chance of a Loss*, Saskatchewan L. Rev., núm. 37, 1973, p. 226, citado por C. MÜLLER, *La perte...*, cit., p. 165.

(262) Téngase en cuenta que la teoría de la oportunidad perdida ha llegado a más países de los mencionados en el texto. Así, por ejemplo, en Portugal, el *Supremo Tribunal Administrativo de Portugal*, Secc. 1ª (Contencioso-Administrativo) en el *acórdão* de 3 de diciembre de 2003 (Diário da República, vol. III, 30 jun. 2004, pp. 9062-9067) admite la resarcibilidad de la pérdida de la posibilidad de vencer en un concurso público: «O anulado acto de exclusão do concurso causou na esfera jurídica das requerentes um dano certo e efectivo, não meramente

eventual indemnização pela perda de uma "chance" indemnização pelos danos consistentes na privação de uma probabilidade ou possibilidade de obter um resultado».

(263) Esta valoración es de C. MÜLLER, *La perte...*, cit. p. 51.

(264) Vid. Cap. I, ap. II.2.2.

(265) Sentencia del Tribunal Administrativo de París, de 27 de noviembre de 1985.

(266) Sentencia de la Corte de Apelación de Rennes, de 15 de diciembre de 1961.

(267) Corte de Apelación de Lyon, de 17 de noviembre de 1958.

(268) Tribunal civil de Sena, de 16 de diciembre de 1953.

(269) Así, la decisión del Consejo de Estado de 3 de agosto de 1928, que es la primera que toma en consideración las *chances* de promoción (*avancement*) de que disponía un funcionario. Cfr. F. SALLET, *La perte...*, cit., pp. 16-25.

biera obtenido mayor éxito(270); o de obtener una licencia de importación ilegalmente denegada por el servicio de aduanas(271). A su vez, en el ámbito de la responsabilidad civil médica, la doctrina ha sido ampliamente utilizada: Las resoluciones del Consejo de Estado, de 24 de abril de 1964, y de la Sala Civil de la Corte de Casación, de 14 de diciembre de 1965, junto con la de la Corte de Apelación de Grenoble, de 24 de abril de 1962, representan el punto de partida de la jurisprudencia francesa favorable a la indemnización de las oportunidades perdidas en el ámbito médico-sanitario. El asunto de la sentencia casacional se refiere a un niño de ocho años que sufrió una caída y acudió al médico, que le diagnosticó una ruptura del húmero de la extremidad inferior derecha sin desplazamiento. Ante la persistencia de las molestias, se consultó a otro médico, que le diagnosticó, no la fractura ósea, sino una luxación de codo que, a la postre, provocó un daño irreversible. Se apreció negligencia en el método diagnóstico, pero, no estando acreditada con la suficiente certeza la relación de causalidad entre la negligencia médica y el daño, se ordenó el abono de una indemnización parcial por la privación de una *chance* de curación(272).

En Inglaterra, la jurisprudencia se pronuncia con menos frecuencia que en Francia sobre el tema y, desde los años ochenta, la *House of Lord* viene mostrándose proclive en menor medida a indemnizar en concepto de pérdida de *chance*(273). No obstante, puede decirse que en el Derecho judicial inglés la doctrina está consolidada en una considerable variedad de supuestos(274). Además de en los casos de responsabilidad de profesionales legales, especialmente *solicitors*(275), la teoría de la *chance* se ha utilizado, por ejemplo, para indemnizar la posibilidad de conseguir una bonificación como consecuencia de un despido injusto(276); la oportunidad de trabajar

(270) Sentencia de la Corte de Casación (Civil 2ª), de 14 de noviembre de 1958. Se indemnizó en concepto de *chance* bajo el entendimiento de que el éxito de una obra depende de numerosos factores, lo que posibilitaba sólo afirmar que había una probabilidad real de mejor acogida (C. MÜLLER, *La perte...*, cit., p. 63).

(271) Decisión del Consejo de Estado de 13 de enero de 1974, comentada por F. SALLET, *La perte...*, cit., pp. 26-27.

(272) Sobre esta jurisprudencia, además de la obra de MÜLLER, G. VINEY/P. JOURDAIN, *Le conditions...*, cit., pp. 71-85; F. CHABAS, *La perte d'une chance en droit français*, en AAVV, *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, dir. O. Guillod, Centre Études Juridiques Européennes, Genève/Zurich, 1991, pp. 131 ss. (trad. española, *La pérdida de una «chance» en el Derecho francés*, Jurispr. Arg., 1994/4, pp. 928 ss.); *La perte d'une chance du survie ou le confort intellectuelle*, Nouvelle presse méd., núm. 10, 1978, pp. 861 ss.; *La perte d'une chance du survie. Vers un revirement de la Cour de cassation?*, Nouvelle presse méd., núm. 43, 1983, pp. 2726 ss.; *Note* S. Tr. Gran Inst. Montpellier, 21 dic. 1970, Recueil Dalloz, 1971, Jurispr.,

p. 637; *Préjudice et lien de causalité*, observs. S. Tr. Cas. (Pleno), 17 nov. 2000, Droit & Patrimoine, núm. 90, 2001, febr., pp. 107-108; F. SALLET, *La perte...*, cit., pp. 43-61.

(273) Cfr. M. MILDRED, *Medical negligence. Personal injury. Loss of a chance. Misdiagnosis*, Journal Personal Injury, 2003, pp. 9-12. Véase en Cap. I, ap. 2.1.1 (nota) el comentario al asunto *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority* (1987) resuelto por la *House of Lords*.

(274) Vide, al respecto, K. ALLEN/S. BRITTENDEN/A. COATES/P. EDWARDS, C/GARNER/P. MEAD/E. SMITH/J. M. WILLIAMS: *Personal injury compensation in England and Wales*, en AAVV, *Personal Injury... Europe*, cit., pp. 105-153.

(275) *Hall v. Meyrick*, 1957, QB; *Sykes v. Midland Bank Executor and Trustee Co. Ltd.*, 1971, QB. Un análisis de esta jurisprudencia comparado con la italiana en asuntos del mismo tipo en R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, Cedam, Padova, 2002, pp. 231 ss.

(276) *Lavarack v. Woods of Colchester Ltd.*, 1967, QBD. En este asunto Lord DENNING declaró que la pérdida de oportunidad constituye una partida ordinaria de in-

como profesor(277) o la *chances* de progresar en los diferentes niveles de su especialidad deportiva con que contaba un *kick-boxer*(278).

En Bélgica, hay rastros de una aplicación práctica de la teoría de la pérdida de oportunidad (*perte d'une chance; verlies van een kans*) en una sentencia arbitral de 10 de octubre de 1927(279). Después de un largo período de olvido(280), la doctrina resurgió con las sentencias del Tribunal de Casación de 6 de febrero de 1961 y 19 de enero de 1984. La primera reconoció en un caso de negligencia médica el carácter resarcible del daño por pérdida de oportunidad(281). La segunda es la referencia fundamental en materia de responsabilidad civil médica: un paciente fue tratado en un hospital por la fractura de la pierna derecha. Pese a los dolores y la notoria inflamación de sus articulaciones, el enfermo no fue atendido durante el fin de semana, debiéndosele amputar después la pierna a causa de una gangrena. Acreditada la negligencia profesional del médico que debió diagnosticar con antelación un principio de gangrena, la *Cour d'appel* condenó al médico a la reparación de una *chance de guérison*, valorada en un 80% de la indemnización total que correspondería, de haberse demostrado que, con una pronta intervención, la víctima habría conservado su extremidad(282).

En Italia, la Sección Laboral de la *Corte di Cassazione*, en dos importantes sentencias, estimó la pretensión resarcitoria en relación con la *chance* de dos sujetos que habían visto sacrificadas sus posibilidades de ser contratados o ascendidos por la empresa. En el asunto de la primera resolución, de 19 de noviembre de 1983, núm. 6906, un empresario había solicitado a la oficina de colocación una serie de trabajadores para una eventual contratación. Tales trabajadores fueron sometidos a las pruebas físicas previstas, pero no a los correspondientes tests psicotécnicos, privándoles así de la oportunidad de ser contratados(283). En el caso de la segunda sentencia, de 19 de diciembre de 1985, núm. 6506, se reconoció el resarcimiento por pérdida de *chance* a un sujeto que, después de competir en dos concursos de promoción profesional, vencer el primero y superar el segundo, fue excluido de la prueba oral definitiva en aplicación de una norma, posteriormente declarada ilegal, que prohibía la participación en concursos convocados por la empresa de la que se era dependiente(284). La doctrina ha sido aplicada después en muchos otros supuestos: frustración de la posibilidad de proseguir negociaciones comerciales(285), de la oportunidad de victoria

demnización. Cfr. C. MÜLLER, *La perte...*, cit., p. 137.

(277) *Doyle v Wallace*, 1998, CA.

(278) *Langford v. Hebran*, 2001, CA. Sobre los casos citados, A. S. LLEWELLYN, *Damages...*, cit., pp. 49 ss.

(279) T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid...*, cit., ap. 449, citada por C. MÜLLER, *La perte...*, cit., p. 149.

(280) *Idem*.

(281) E. DE KEZEL *Personal injury compensation in Belgium*, en AAVV, *Personal Injury... Europe*, cit., pp. 53-54.

(282) C. MÜLLER, *La perte...*, cit., p. 150.

(283) *Vide*, C. SEVERI, *Perdita...*, cit., p. 302; E. CAPPAGLI, *Perdita di una «chance» e*

risarcibilità del danno per ritardo nella procedura di assunzione, Giust. civ., 1984/1, pp. 1841 ss.

(284) Véanse V. ZENO ZENCOVICH, *Il danno per la perdita di un'utilità futura*, Riv. Dir. comm., 1986/2, pp. 217 ss.; A. DE CUPIS, *Il risarcimento delle perdite di una «chance»*, Giurispr. it., 1986, cc. 1181-1183; A. M. PRINCIGALLI, *Quando c'è più sì che no: perdita di «chance» come danno risarcibile*, nota S. Tr. Cas., Lab., 19 dic. 1985, núm. 6506, Foro it. 1986/I, cc. 384-387.

(285) Sentencia de la Corte de Apelación de Roma, Secc. 3ª, de 17 de febrero de 1988.

en un proceso(286) o en un procedimiento administrativo competitivo de contratación o función pública(287); de la *chance* de acceder a la fórmula 1(288); o de la posibilidad de sobrevivencia(289). La consolidación de la doctrina de la *chance* en Italia ha costado más que en Francia, pero puede afirmarse que hoy están prácticamente superadas las tesis refractarias esgrimidas al respecto(290).

En Argentina hay, según se ha dicho, una plena armonía entre la doctrina y la jurisprudencia en cuanto al reconocimiento de la resarcibilidad de las *chances*(291). Así, por ejemplo, se ha reconocido la resarcibilidad de la oportunidad de obtener ganancias a través de un nuevo empleo (STS de Córdoba, de 10 de mayo de 1985), una actividad empresarial (sentencia de la Cámara Nacional Federal Civil y Comercial, Sala 2ª, de 26 de agosto 1988) o una actividad deportiva (sentencia de la Cámara Nacional Civil, Sala D, de 17 de diciembre 1982)(292). Del mismo modo, la doctrina de la *chance* viene aplicándose para valorar el daño que sufre quien pierde una posibilidad seria y real de supervivencia (sentencias de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 25 de junio de 2003 y 5 de octubre de 2004)(293); y para cuantificar el detrimento patrimonial que padecen los padres a raíz de la muerte de un hijo menor, calculando la razonable posibilidad de ayuda que éste podría haber prodigado a aquéllos (sentencias de 7 de febrero de 1989, 30 de marzo 1990, 15 de noviembre de 1990 y 27 de febrero de 1991 de la Cámara Nacional Civil)(294). Por lo demás, la jurisprudencia argentina se ha esforzado en delimitar los perfiles de la figura de la *chance*. Especialmente significativas resultan, en este sentido, las sentencias de Cámara Nacional Civil de 17 de junio de 1981 y 21 de diciembre del mismo año(295).

En Australia, domina la tendencia favorable a la doctrina de la pérdida de oportunidad, sobre todo en supuestos en que la ventaja final apetecida

(286) Sentencia de la Corte Conti, Sez. Lombardia, de 13 de marzo de 1998, núm. 436; y sentencia de la Casación Civil (Secc. 3ª) 1286/1998, de 6 de febrero de 1998.

(287) Sobre el tema, L. MEDINA ALCOZ, *Dal dogma dell'infallibilità dello Stato alla teoria della perdita di «chance»: l'evoluzione della responsabilità civile da provvedimento nell'ordinamento italiano (1865-1999)*, Dir. Reg., mayo-ag. 2005, núms. 3-4, pp. 437-447. Más adelante analizo detenidamente la jurisprudencia italiana que aplica la teoría de la pérdida de oportunidad en supuestos de inobtención de acto favorable (Cap. III, ap. I.1; Cap. IX).

(288) P. CAPORALI, *Alla ricerca...*, cit., pp. 1021 ss.; P. CENDON/L. GAUDINO/P. CIVIZ, *Sentenze...*, cit., pp. 707-708; A. PACCES, *Competizioni automobilistiche...*, cit., pp. 447-460.

(289) Así, la Sentencia del Tribunal de Monza de 30 de enero de 1998 y la de la Casación Civil (Secc. 3ª), 4400/2004, de 4 de marzo, recogida y comentada por M. FEOLA, *Il danno...*, cit., pp. 45-56.

(290) Por eso C. SEVERI (*Perdita di*

«chance» e danno patrimoniale risarcibile, Resp. civ. previd., 2003/2, p. 302), ha escrito que «ha debido transcurrir todo un siglo para la jurisprudencia italiana, mutando su convencimiento, estime reclamaciones de resarcimiento del daño por pérdida de chance».

(291) J. J. MOSSET ITURRASPE, *Frustración...*, cit., nota 9, p. 72.

(292) Vide M. M. ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento...*, t. II, *Daños a las personas*, cit., pp. 450 ss.

(293) Sentencias resumidas y comentadas por J. C. GALÁN CORTÉS, *La responsabilidad... médica*, cit., 2005, pp. 215-218.

(294) Extractos de estas y otras sentencias en materia de pérdida de oportunidad, en la sistematización de jurisprudencia argentina llevada a cabo por C. A. GHERSI, *Teoría general...*, cit., pp. 400-403.

(295) Resumidas por M. ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento...*, t. II, *Daños a las personas*, cit., pp. 445 ss. Sus pasajes más significativos se extractan en el Capítulo VI (ap. II.2.2, nota).

es de naturaleza económica, no personal(296). El Tribunal Supremo (*High Court*) ha resarcido la pérdida de una oportunidad comercial, referida al lucro que habría podido derivar de la perfección y ejecución de un contrato, dando a entender que la doctrina de la *chance* admite aplicaciones en muchos otros casos (*Sellars*, 1994) (297). El Alto Tribunal no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre las *chances* de victoria en procesos jurisdiccionales, pero las ha admitido *obiter dictum* en asuntos en que acabó reconociendo la certeza del lazo causal entre la negligencia profesional y la inobtención del beneficio que habría derivado de una sentencia favorable (*Commonwealth v. Amann Aviation Pty Ltd. Deane J.*, 1991) (298). La *New South Wales Court of Appeal*, en cambio, ha aplicado la teoría, en un caso, para ordenar una indemnización rebajada al 50%, que expresa las probabilidades de que fuera estimada la acción y ejecutada la sentencia (*Murphy v. Millar*, 1999); y, en otro, para incrementar en un 10% la indemnización brindada por el juez de instancia en concepto de *chance* por entender que las probabilidades de triunfo eran mayores (*Golec v. Scott*, 1995) (299).

En segundo lugar, hay países cuya jurisprudencia, en lo que refiere a la doctrina de la oportunidad sacrificada y su admisibilidad, es ambigua o contradictoria (Canadá); reticente a su utilización fuera del ámbito donde inicialmente surgió (Holanda); o favorable a admitir su juego únicamente en casos de responsabilidad civil médica (Estados Unidos).

En Canadá, la jurisprudencia de Quebec, ampliamente inspirada en el Derecho francés, sigue la línea marcada en *Toronto Hockey Club v. Arena Gardens of Toronto Ltd.*; pero los Estados anglocanadienses y el propio Tribunal Supremo se muestran bastante reticentes. Esta pugna, derivada de la intersección de dos tradiciones jurídicas diferenciadas (*Common Law* y *Droit Civil*), se muestra a las claras en *Laferrière v. Lawson*(300): Un ginecólogo diagnosticó a una mujer de 48 años un cáncer de mama y, sin comunicár-

(296) D. HAMMER, *Chance would...*, cit., pp. 560-561, 607-614. En el asunto *Chappel* (1998), el Tribunal Supremo de Australia «ha mostrado menos entusiasmo por la doctrina de la pérdida de oportunidad en casos de negligencia médica»: la víctima no fue informada del peligro que entrañaba la intervención, y que acabó desencadenándose; y alegó que, de haber sido adecuadamente ilustrada, habría acudido a un cirujano más experimentado, lo que habría incrementado, quizá, las posibilidades de sufrir el daño. El Tribunal resolvió reconocer una indemnización total en lugar de una suma proporcionada a las probabilidades de que la víctima hubiera evitado el daño (*ibidem*, p. 609). No obstante, hubo un magistrado discrepante (KIRBY J.) que, invocando el asunto *CES v. Superclinics* (1995), del *New South Wales Court of Appeal*, afirmó que la doctrina de la oportunidad perdida constituye la manera más justa y racional de calcular los daños en asuntos de responsabilidad civil médica (*idem*).

(297) D. HAMMER, *Chance would...*, cit., pp. 591-592, 609. Me he referido al asunto *Sellars* en el Capítulo I (ap. II.1.5).

(298) *Ibidem*, p. 607.

(299) *Ibidem*, pp. 607-608.

(300) S. MIRANDOLA, *Lost Chances, Cause-in-Fact, and Rationality in Medical Negligence*, Univ. Toronto Faculty L. R., núm. 50 (2), p. 269, *apud* C. MÜLLER, *La perte...*, cit., p. 161. Este último recoge el asunto expuesto en el texto (*ibidem*, pp. 170-171). Un comentario de una sentencia del año 2000 (*Walker Estate v. York Finch General Hospital*) de la Corte de Apelación de Ontario que no acogió la doctrina de la oportunidad perdida, en V. BLACK/D. KLIMCHUK, *Lost cause...*, cit., pp. 24-29. Un pronunciamiento que repara la pérdida de la oportunidad de contraer matrimonio (*Reekie v. Messervey*, 1986), en E. GIBSON, *Loss of Earning capacity for the female tort victim: comment on Teoneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, Canadian Cases L. Torts (2d), núm. 17, 1994.

selo, procedió a la extracción de la masa cancerosa. Tres años después, la paciente, aquejada de muchos dolores, acudió a otro profesional, descubriendo que el diagnóstico que se le había formulado tiempo atrás era de cáncer y que éste se había generalizado. Poco antes de morir, la mujer demandó al ginecólogo. La demanda, sostenida entonces por sus herederos, fue desestimada en primera instancia, pero la *Cour d'appel* de Quebec casó la sentencia y acordó indemnizar en el entendimiento de que la negligencia médica coartó la posibilidad de que, con un tratamiento puntual y adecuado a su edad, hubiera prolongado la vida de la mujer. Sin embargo, el Tribunal Supremo retiró en 1991 la indemnización porque «*el reconocimiento de la pérdida de oportunidad como categoría diversa es dudoso, salvo en casos excepcionales; y no hay ciertamente razón alguna para extender una forma de análisis tan artificial al contexto médico cuando haya que tomar en consideración culpas de omisión o de una acción junto con otros factores causales identificables para determinar qué ha ocasionado el resultado particular, ya sea la enfermedad o el fallecimiento*».

En Holanda, el debate en torno a la admisibilidad de esta especie dañosa arranca de la decisión del *Rechtbank* de Utrecht de 1942, sobre la interposición extemporánea del recurso por culpa del abogado, en la que se indemnizó el valor de la *chance* sacrificada, cuantificándola en la mitad del valor del litigio(301). Fuera de este ámbito, son excepcionales los casos en que los Tribunales neerlandeses se atienen a la doctrina de la pérdida de *chance*(302). Más allá de supuestos de responsabilidad de profesionales legales, sólo los Tribunales inferiores han aplicado la teoría de la pérdida de oportunidad(303). La excepción más significativa la representa el asunto *Gem. Heesch/Reijs*, resuelto por sentencia del *Rechtbank* y confirmado después por el Tribunal de Casación en sentencia de 13 de febrero de 1981. El Ayuntamiento de Heesch prometió por escrito a la esposa de un promotor inmobiliario que sometería a la firma del *Conseil communal* un contrato de intercambio de propiedades entre ambos. El Ayuntamiento no cumplió su promesa y, tiempo después, el *Conseil* notificó a la mujer la expropiación de los terrenos que habrían sido objeto de la transacción. El *Rechtbank* estimó que, de haberse cumplido la promesa, las posibilidades de que el *Conseil* hubiera accedido a la perfección del contrato eran serias, condenando a la reparación de una *chance*, valorada equitativamente en 35.000 florines(304).

En Estados Unidos, aunque hay un cuerpo jurisprudencial muy articu-

(301) A. J. AKKERMANS, *Proportionele aansprakelijkheid...*, cit., p. 115, citado por C. MÜLLER, *La perte...*, cit., p. 156.

(302) A. J. AKKERMANS, *Proportionele aansprakelijkheid...*, cit., p. 117, *apud* C. MÜLLER, *La perte...*, cit., p. 158.

(303) Así lo registra C. MÜLLER (*ibidem*, pp. 154, 175), quien da cuenta de la decisión del *Gerechthof* de Amsterdam de 4 de enero de 1996 en el asunto *Wever/De Kraker c. s.* Se estimó que un bebé, que sufrió una hemorragia cerebral tardíamente intervenida por un error de diagnóstico, perdió la oportunidad de evitar las determinadas

lesiones cerebrales a través de un adecuado y puntual tratamiento. La sentencia adquirió firmeza, pues no fue recurrida ante el *Hoge Raad*.

(304) *Vide ibidem*, p. 155. No muy distinta es la situación en Luxemburgo, donde, para que sea objeto de resarcimiento la pérdida de oportunidad, se exige, de acuerdo con la doctrina francesa, que sea real y seria, pero normalmente no se considera que constituya un daño resarcible (A. KRONSHAGEN, *Personal injury compensation in the Grand-Duchy of Luxembourg*, en AAVV, *Personal Injury... Europe*, cit., p. 346).

lado en cuanto a la pérdida de la oportunidad, sólo se utiliza en el ámbito médico(305). Pese a que las primeras decisiones que aceptaron la figura referían a otro tipo de supuestos (concursos y certámenes), en la actualidad los jueces norteamericanos niegan, casi apodícticamente, la aplicabilidad de la doctrina fuera del campo de la responsabilidad sanitaria(306). Hay, incluso, dieciséis Estados que no la utilizan tampoco en estos casos (Alabama, Alaska, Arkansas, California, Carolina del Sur, Dakota del Sur, Florida, Idaho, Maryland, Michigan, Minnesota, Mississippi, Tennessee, Texas, Utah, Virginia)(307). Los autores han observado, no obstante, que la doctrina de la *chance* está expandiéndose en los últimos años, señalando que es muy probable que acabe aceptándose en la generalidad de los Estados(308).

Por último, hay países cuya práctica judicial no ha acogido la doctrina, considerando, por tanto, que la *chance* frustrada no es resarcible, salvo que la víctima cuente con el grado de probabilidad que exige la apreciación del nexo causal, reconociéndose entonces, no la existencia de un daño por pérdida de la oportunidad de obtener una ventaja, sino, directamente, la pérdida de la ventaja. Aquí se sitúan, entre otros, algunos de los países de la Europa central y septentrional (Alemania, Austria, Dinamarca, Finlandia, Noruega, Suecia y Suiza)(309). No obstante, la

(305) Cfr. E. M. FORAN, *Medical malpractice: a lost chance is a compensable interest*, Bridgeport L. Rev., núm. 12, 1992, pp. 471-503. El asunto que ha marcado la tendencia a reconocer el rango resarcible de las *chances* de curación y supervivencia es *Herskovitz v. Group Health Co-Op of Puget Sound* (1983, Washington), comentado, entre muchos otros, por L. R. ELLIS, *Loss...*, cit., pp. 380 ss.; y M. J. FOX, *The loss of chance doctrine in medical malpractice*, Air Force L. Rev., núm. 33, 1990, pp. 101 ss.

(306) C. MÜLLER, *La perte...*, cit., pp. 103, 112, 118; E. M. FORAN, *Medical malpractice...*, cit., pp. 472-483. En doctrina, algún autor ha puesto de manifiesto las analogías entre las hipótesis de responsabilidad médica en que se admite la teoría de la *chance* y las de responsabilidad de abogados en que se rechaza. Así, P. A. LORD, *Loss...*, cit., p. 1494, ha señalado que en ambos casos hay un cliente que acude a un profesional que incurre en negligencia sin que pueda saberse si una actuación diligente habría resuelto el problema. De este modo defiende una ampliación del ámbito de aplicación que se reconoce a la teoría en los Estados Unidos.

(307) Tomo estos datos del elaborado elenco jurisprudencial de T. A. WEIGAND (*Loss of chance in medical malpractice: a look at recent developments*, Defense Counsel Journal, núm. 70, 2003, pp. 302-303, 305). So-

bre las jurisdicciones en que se ha rechazado la teoría de la oportunidad, además, U. COLELLA/L. LPERROCHET/S. SMITH, *Lost chance recovery and the folly of expanding medical malpractice*, Tort Insurance L. Journal, núm. 27, 1992, pp. 623 ss.

(308) Así, T. A. WEIGAND, *Loss... developments*, cit., p. 314, mostrándose contrario a la doctrina de la *chance* y señalando que es preciso mantener una actitud vigilante ante los numerosos problemas que van a plantearse.

(309) Vide, al respecto, AAVV, *Personal injury... Europe*, cit., concretamente: I. GREITER, *Personal Injury Compensation in Austria*, p. 25, y B. C. STEININGER, *Austria*, informe nacional..., cit., p. 84; S. V. NIELSEN/B. VON EYBEN, *Personal injury compensation in Denmark*, p. 79; P. BACKSTRÖM, *Personal injury compensation in Finland*, pp. 161-162; T. SØRUM, *Personal injury compensation in Norway*, p. 389; B. DUFWA, *Personal injury compensation in Sweden*, p. 468 (aunque el autor se limita a señalar que no hay, en principio, ningún inconveniente en que se resarza la pérdida de oportunidad); y D. HORNUNG, *Personal injury compensation in Switzerland*, p. 500. Para unas breves referencias comparativas sobre el tratamiento resarcitorio del daño consistente en una oportunidad perdida en los diversos países europeos, vide, M. BONA, *Comparative Report...*, cit., p. 571.

opinión de los autores y los imperativos del Derecho comunitario, así como la presión que ejercen las agrupaciones encargadas de codificar los principios comunes del Derecho civil europeo, están creando, junto con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un clima favorable a la aceptación de la doctrina de la *chance* en esos países. A esto me refiero a continuación.

2. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD COMO DOCTRINA IMPULSADA Y PERFILADA POR LOS AUTORES CRÍTICOS

La oportunidad perdida es una doctrina de origen judicial, pero su desarrollo se ha caracterizado desde su nacimiento, tanto en el *Droit Civil* como en el *Common Law*, por corresponder al impulso proporcionado por la doctrina científica. Hay, de un lado, países donde la noción de *chance* apareció por vez primera en sentencias (p. ej., Francia, Estados Unidos), pero los autores han cumplido un rol fundamental, no tanto porque, en clave exegética, hayan explicado y racionalizado la teoría de la oportunidad perdida, dando cuenta sin más de la elaboración jurisprudencial, sino, más bien, porque la han propuesto como respuesta ineludible para otros casos y han intentado hallar los fundamentos dogmáticos que la hacen compatible con la teoría general del daño y la causalidad. Hay, de otro, los ordenamientos en los que la teoría de la *chance* ha sido postulada en la literatura científica antes que manejada en las resoluciones judiciales (p. ej., Italia), donde resulta más que evidente el protagonismo desenvuelto por los autores críticos, auténticos propulsores de su incorporación a través de su influjo sobre la jurisprudencia. Hay, por fin, sistemas en que aún no se conoce la doctrina de la *chance* (Suiza), donde, no obstante, la literatura jurídica reivindica su utilización, sin que parezca arriesgado sospechar una próxima acogida legal o jurisprudencial. Por eso puede decirse que la *chance* es una teoría en cuya generación, desarrollo y fundamentación ha sido decisiva la aportación de los autores críticos.

En relación con el extraordinario arraigo de la noción de *perte d'une chance* en el Derecho judicial francés resulta especialmente patente la influencia ejercida por la doctrina científica. La figura ha sido detalladamente analizada por cada uno de los miembros de la más importante escuela en materia de responsabilidad civil en Francia. Me refiero a los hermanos Henri y Léon MAZEAUD, autores de un *Tratado de la Responsabilidad Civil*, de seis volúmenes, que sigue siendo de formidable utilidad, por la extensión y por la intensidad de los temas abordados, entre los que se encuentra el de la pérdida de oportunidad; a sus discípulos François CHABAS⁽³¹⁰⁾ y André

(310) *La perte d'une chance du survie ou le confort intellectuel*, Nouvelle presse méd., núm. 10, 1978, pp. 861 ss.; *La perte d'une chance du survie. Vers un revirement de la Cour de cassation?*, Nouvelle presse méd., núm. 43, 1983, pp. 2726 ss.; *Note S. Tr. Gran Inst. Montpellier*, 21 dic. 1970, Recueil Dalloz,

1971, Jurispr., p. 637; *La perdita di «chance» nel diritto francese della responsabilità civile*, Resp. civ. previd., 1996; *Cent ans...*, cit., pp. 21 ss.; *Préjudice et lien de causalité*, observs. S. Tr. Cas. (Pleno), 17 nov. 2000, Droit & Patrimoine, núm. 90, 2001, febr., pp. 107-108.

TUNC(311); a la discípula de este último, la profesora Geneviève VINEY(312), hoy la máxima autoridad sobre la materia en Francia(313); y al discípulo de ésta, I. HABERER, que ha consagrado su Tesis doctoral a la figura(314). A su vez, la normalidad con que el Consejo de Estado emplea el concepto de oportunidad perdida parece corresponderse con la frecuencia y calidad de los estudios sobre su juego en casos de responsabilidad de las Administraciones públicas(315). De entre ellos, destaca la reciente monografía del administrativista Frédérique SALLET: *La perte de chance dans la jurisprudence administrative relative à la responsabilité de la puissance publique* (LGDJ, Paris, 1994) (316).

(311) *Perte d'une chance suite a une erreur de diagnostic*, observs. S. Tr. Apel. Grenoble, de 24 octobre 1961, Rev. trim. Droit. Civ., 1963, pp. 334 ss.

(312) *Le conditions...*, cit., pp. 71 ss.

(313) Ha resaltado el creciente interés doctrinal por la figura, G. VINEY, *Les conditions...*, cit., ap. 278, p. 71. Además de los trabajos que citamos a lo largo de este estudio, hay otros muchos: A. BÉNABENT, *note* SS. Tr. Gran Inst. Senlis, 19 mayo 1970 y Tr. Apel. Paris, 21 nov. 1970, *Juris-Classeur pér.*, 1972/2, p. 16990, y *note* S. Tr. Cas. (Civil, Secc. 2ª), 25 en. 1973, *Juris-Classeur pér.*, 1974/2, p. 17641; B. BOUALI y J. GUIGUE, *La perte d'une chance, une théorie controversée*, *Revue praticien*, 1990, pp. 43 ss.; P. J. DOLL, *note* S. Tr. Cas. (Civil, Secc. 2ª), 25 en. 1973, *Gaz. Palais*, 1973, *Jurispr.*, p. 335; A. GOMBAULT, *La perte de chances en matière de responsabilité médicale*, *Concours Médical*, 1971, p. 7254; M. HEERS, *L'indemnisation de la perte d'une chance*, *Gaz. Palais*, 2000 esp. Derecho de la Salud, Doc. 7, pp. 525 ss.; M. LAROQUE, *La réparation de la perte de chances*, *Gaz. Palais*, 6-7 nov. 1985, *Doctr.*, pp. 607 ss.; G. MÉMETEAU, *Perte de chance en droit médical français*, *McGill Law Journal*, núm. 36, 1990, pp. 125 ss.; *À l'ombre des jurisprudences en fleur ou impressions de lecture sur deux arrêts de la cour d'appel en matière de perte de chances*, *McGill Law Journal*, núm. 36, 1990, pp. 602 ss.; y *Perte de chances et responsabilité médicale*, *Gaz. Palais*, 1997, Doc. 1367; J. MOULY, *note* S. Tr. Cas. (Civil, Secc. 2ª), 19 mar. 1997, *Recueil Dalloz*, 1999, ap. 88; J. PENNEAU, *À propos de la perte de chance de survie ou de guérison*, *nota* S. Tr. Cas., Civil (Secc. 1ª), 24 marzo 1981, *Recueil Dalloz*, 1981, *Jurispr.*, p. 545; *Note* S. Tr. Cas., Civil (Secc. 1ª), 27 marzo 1985, *Recueil Dalloz*, 1986, pp. 390 ss.; y *Note* S. Tr. Gran Inst. Versailles, 8 dic. 1986, *Recueil Dalloz*, 1987, p. 583; y I. VACARIE, *La perte d'une chance*, *Revue rech. jur. Droit prosp.* 1987, pp. 903 ss. Por otra parte, Sobre la proyección de la doctrina francesa de la *chance* en los supuestos de falta de consentimiento infor-

mado, vide: J. BONNEAU, *Logique juridique et éthique. L'arrêt Perruche* (Cass., ass. plén., 17 novembre 2000), *Actualité JuriSanté*, núm. 32, 2001, jul., pp. 18-20; L. FINEL, *La responsabilité du médecin en matière de diagnostic des anomalies fœtales*, *Revue Droit sanit. soc.*, núm. 33, 1997/2, pp. 223-238; P. FLAVIN, *Obligation d'information du patient: dernier état de la jurisprudence*, *Revue Hosp. Fr.*, 2001/1, pp. 55-58; E. LOQUIN, *La mise en danger et l'information du malade sur les risques encourus*, *Revue gén. Droit méd.*, núm. 2, pp. 165-174; P. SARGOS, *L'actualité du droit de la responsabilité médical dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, *Droit & Patrimoine*, núm. 92, 2001, abr., pp. 18-27.

(314) *La perte d'une chance*, Tesis doctoral, dir. G. Viney, Univ. Paris Panthéon Sorbone, 1996.

(315) Vide P. BON, *L'obligation du médecin d'informer le patient*, *Revue Fr. Droit adm.*, núm. 16, 2000/3, pp. 636-662; A. CHARAF ELDINE, *La théorie de la perte d'une chance sanitaire (devant la Cour de cassation et le Conseil d'État)*, *Revue Droit sanit. Soc.*, 1983, pp. 48-69; F. CHALTIEL, *Devoir d'information du patient et responsabilité hospitalière*, *Revue Droit public*, 2002/4, pp. 1163-1186; C. CORMIER, *Le préjudice...*, cit., pp. 182-190; M. DEGUERGUE, *La perte de chance en droit administratif français*, en AAVV, *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives. La Découverte*, dir. G. Koubi y G. Guglielmi, 2000, pp. 197 ss., y *Jurisprudence et doctrine...*, cit., pp. 403-415; P. FLAVIN, *Reforcement de l'obligation d'information du patient devant les juridictions administratives*, coment. arrêt Cons. Estado, 05 enero 2000, núm. 198530, *Revue Hosp. Fr.*, 2000/1, pp. 63-66; R. REVEAU, *L'évolution du droit relatif à l'information médicale: l'élaboration d'un régime commun de responsabilité civile et administrative*, *Juris-Classeur. Droit adm.*, 2002 jun., *Chron.*, pp. 5-10; I. SOUPLET, Isabelle: *La perte de chances dans le Droit de la responsabilité médicale*, Tesis, Univ. Lille II, 2002.

(316) Según C. MÜLLER (*La perte...*, cit., p. 134) la literatura jurídica inglesa sobre

A su vez, la creciente utilización de la teoría de la oportunidad perdida por los Tribunales norteamericanos para la resolución de algunos de los casi innumerables problemas que plantea la responsabilidad civil médica enlaza derechamente con el artículo publicado en 1981 en el número 90 de la *Yale Law Journal* por el profesor de la Universidad de Tennessee Joseph H. KING⁽³¹⁷⁾. Por lo demás, son numerosísimos los estudios que otros autores han dedicado a la oportunidad perdida, encontrándose en ellos finísimos análisis jurisprudenciales y, a veces, profundas y revolucionarias construcciones⁽³¹⁸⁾. Las ideas más novedosas y arriesga-

pérdida de oportunidad es bastante menos significativa que la francesa. No obstante, pueden consultarse un número considerable de trabajos. Entre otros: L. J. ANDERSON, *Loss of a chance in tort*, Solicitor's Journal, núm. 131, 1987, pp. 1258 ss.; R. HELEN, *Losses of Chances in the Law*, Modern Law Review, núm. 59, 1996, pp. 189 ss.; T. HILL, *A Lost Chance for Compensation in the Tort of Negligence by the House of Lords*, Mod. L. Rev., núm. 104, 1988, pp. 389 ss.; C. FOSTER, *A plea for a lost of a chance: Hotson reconsidered*, New L. Journal, núm. 145, 1995, pp. 229 ss.; N. JANSEN, *The Idea of a Lost Chance*, Oxford Journal of Legal Studies, núm. 19, 1999/2, pp. 271-296; A. S. LLEWELLYN, *Damages...*, cit., pp. 49 ss.; K. OLIPHANT, *England and Wales*, en AAVV, *European Tort Law 2002*, dir. H. Koziol y B. C. Steininger, European Group on Tort Law, Springer, Wien, 2003, pp. 150-152; D. P. T. PRICE, *Causation. The Lords' lost chance?* Intern. Compar. Law Quarterly, núm. 38, 1989, pp. 755 ss.; M. STAUCH, *22 Causation, Risk, and Loss of Chance in Medical Negligence*, Oxford Journal Legal Studies, 1997, núm. 17, pp. 205 ss.

(317) Así lo ha puesto de manifiesto J. KIEFFER (*The case for across-the-board application of the loss-of-chance doctrine*, Defense Counsel Journal, núm. 64, 1997, p. 572), lamentándose de que, pese a que numerosos Tribunales citan al profesor KING, sus sentencias, por lo general, no siguen fielmente todos sus postulados. Por lo demás, en España LUNA YERGA (*Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria*, Indret. Revista para el análisis del Derecho, www.indret.com, 2/2005, p. 3) ha dicho que «la consolidación [de la doctrina de la pérdida de oportunidad] en el Derecho de daños y, en particular, en la responsabilidad civil-médico-sanitaria es, en buena medida, mérito del Profesor Joseph H. KING, quien en un trabajo pionero apuntó la necesidad de estudiar la causalidad en conexión con el proceso de identificación y de-

terminación del valor del interés destruido (*Valuation*)». A mi juicio, tal aseveración es correcta sólo en la medida en que venga referida al panorama jurídico norteamericano; y así hay que interpretarla, pues, en otro lugar, el autor da a entender que no ha sido la doctrina norteamericana la que mayor influencia ha ejercido en Europa: «Este instrumento probatorio [la doctrina de la pérdida de oportunidad], cuyo origen se encuentra en la doctrina francesa de la *perte de chance*, ha sido desarrollado por multitud de ordenamientos jurídicos, tanto continentales como del *Common Law*, si bien las aportaciones más significativas provienen del derecho francés y, recientemente, de los derechos norteamericanos» (*La prueba...*, cit., p. 454). Por lo demás, la literatura europea sobre la materia no suele contener referencia alguna a la jurisprudencia y a la doctrina estadounidense lo que, naturalmente, no es bueno, pero sí demostrativo de que el artículo publicado por el profesor KING en 1981 poco ha tenido que ver con los desarrollos europeos de la doctrina de la pérdida de oportunidad.

(318) Sobre la pérdida de oportunidad en los EE.UU, entre muchos otros: S. F. BRENNWALD, *Proving causation...*, cit., pp. 784 ss.; G. D. ELLISTON/J. K. HENDERSON, *No chance for «Loss of Chance» in Texas Medical Malpractice litigation after Kramer*, Texas Bar Journal, núm. 59, 1996, pp. 734 ss.; K. M. ENNS, *Can a California Litigant Prevail in an Action for Legal Malpractice Based on an Attorney's Oral Argument Before the United States Supreme Court?*, Duke L. Journal, núm. 48, 1998, pp. 11 ss.; M. J. FOX, *The loss of chance doctrine in medical malpractice*, Air Force L. Rev., núm. 33, 1990, pp. 97 ss.; J. D. HODSON, *Medical Malpractice: «Loss of Chance» Causality*, American L. Reports, núm. 54, 1995/4, pp. 34 ss.; D. L. KEITH, *Loss of Chance: A Modern Proportional Approach to Damages in Texas*, Baylor L. Rev., núm. 44, 1992, pp. 760 ss.; J. P. KELLER, *Torts-Medical Malpractice-Loss of Chance not a Cognizable*

das en relación con la materia que tratamos provienen de estos autores(319).

En este orden de cosas, el caso italiano es ciertamente paradigmático. El civilista Maurizio BOCCHIOLA estudió la temática en profundidad en un trabajo publicado en 1976 en la *Rivista trimestrale di diritto procesuale civile*; punto de partida insoslayable en aquel país para la materia; y lo es, en gran medida, porque determinó el cambio de actitud de la jurisprudencia casacional y la consecuente acogida de la teoría. Prueba de ello es que la Sección Laboral de la *Corte di Cassazione*, la primera que recibió la doctrina de la oportunidad perdida, utilizó al efecto los fundamentos teóricos aportados por dicho autor. En particular, la sentencia 6506/1985, la segunda que acoge la doctrina, lo hace claramente, con cita velada –pero inequívoca–, desde los presupuestos teóricos sentados por el referido profesor(320). Igualmente significativo resulta que la abundante bibliografía so-

Cause of Action in Tennessee, Tennessee L. Rev., 1995, núm. 62, pp. 375 ss.; J. H. KING, *Causation, Valuation and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, Yale L. Journal, núm. 90, 1981, pp. 1353 ss.; J. H. KING, «Reduction of...», cit., pp. 492 ss. M. T. MANGAN, *The Loss...*, cit., pp. 279 ss.; J. D. MIGHT, *The Supreme Court of Texas Refuses to Adopt the «Loss of Chance» Doctrine: Kramer v. Lewisville Memorial Hospital*, South Texas L. Rev., núm. 35, 1994, pp. 365 ss.; B. B. MOORE, *South Carolina Rejects the Lost Chance Doctrine*, South Carolina L. Rev., núm. 48, pp. 216 ss.; J. M. PERDUE, *Recovery for a Lost Chance of Survival: Wen the Doctor Gambles, Who Puts Up the Stakes*, South Texas L. Rev., núm. 28, 1987, pp. 37 ss.; R. A. REISIG, *The Loss of a Chance Theory in Medical Malpractice: An Overview*, American Journal of Trial Advocacy, núm. 13, 1990, pp. 1180 ss.; L. M. ROUBIK, *Recent Development: Recovery for Loss of Chance in Wrongful Death Action. Herskovitz v. Group Health*, 99 Wn. 2d 609, 664 P, 2d 474 (1983), Washington L. Rev., núm. 59, 1984, pp. 985 ss.; A. E. SCHOENBERGER, *Medical Malpractice Injury: Causation and Valuation of the loss of a Chance to Survive*, Journal of Legal Medicine, núm. 6, 1985, pp. 56 ss.; F. W. THURMAN, *Loss of Chance in Medical Malpractice Cases: A contra View with an Examination of Tennessee's Current Position*, Univ. Memphis L. Rev., núm. 19, 1989, pp. 81 ss.; y V. R. WALKER, *Direct Inference in the Lost Chance Cases: Factfinding Constraint Under Minimal Fairness to Parties*, Hofstra L. Rev., núm. 23, 1994, pp. 270 ss. Para Canadá, vide: J. L. BAUDOUIN, *La responsabilité civile délictuelle*, 4ª ed., Cowansville, 1994, núm. 183; K. COOPER, *Assessing Possibilities...*, cit., pp. 193 ss.; S. MIRANDOLA, *Lost Chances...*, cit., pp. 258 ss.; P. A. MOLINARI, *La responsa-*

bilité civile dell'avocat, Revue du Barreau, 1977, pp. 292 ss.; S. NOOTENS, *La perte de chance: détournement du lieu de causalité ou dommage distinct?*, Revue du Barrot, núm. 50, pp. 611 ss.; y S. M. WADDAMS, *The Valuation of Chances*, Canadian Business L. Rev., núm. 30, 1998, pp. 89 ss.; Para Australia, B. COOTE, *Chance and the Burden of Proof in Contract and Tort*, Australian L. Journal, núm. 62, 1988, pp. 768 ss.; D. HAMER, *Chance would...*, cit., pp. 557-633.

(319) Entre nosotros, LUNA YERGA (*La prueba...*, cit., p. 455) ha puesto de manifiesto cómo la aceptación creciente de la teoría de la pérdida de oportunidad ha llevado a los ponentes del *Restatements of the Law* a incluirla en la tercera edición, aunque, en el segundo borrador [§ 26: *Factual Cause, Restatement of the Law, Third, Torts: Liability for Physical Harm (Basic Principles)*, Tentative Draft No. 2, March 25, 2002], han preferido no tomar partido por el momento en torno a su admisibilidad: «Both because the lost-opportunity doctrine is one involving the definition of legally cognizable harm and because it has been confined to medical malpractice, a specialized area of negligent liability outside the scope of this Restatement, the Institute takes no position on this matter, leaving it for future development and future Restatements». Sobre esta cuestión en la literatura norteamericana, M. J. Fox, *The loss...*, cit., pp. 100 ss. Sobre el valor de estos textos, comparándolos con otros parecidos que están apareciendo en Europa, en este Capítulo, ap. III.3.

(320) La sentencia, después de decir «come è stato osservato in dottrina», copia literalmente un párrafo del artículo del profesor BOCCHIOLA. A esta sentencia me refiero detenidamente en Cap. VI, ap. II.2.2.

bre la *chance provvedimentale* (la oportunidad frustrada de obtener un beneficio a través de un acto administrativo) parta de un trabajo de 1992 del profesor BARBIERI(321), anterior a la sentencia 500/1999 de la *Corte di Cassazione* y, por tanto, a la jurisprudencia administrativa que maneja la figura(322).

No obstante, la más amplia y completa monografía que conocemos sobre la figura se ha elaborado en Suiza, país que, influido por el Derecho alemán(323), ha sido siempre refractario a su admisión. Tal obra es la de

(321) *Riflessioni sul risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, Riv. Dir. pubbl. comunit., 1992/3, pp. 744-746.

(322) La bibliografía italiana sobre la *perdita di chances*, es particularmente copiosa, debido, en particular, a los comentarios que se dedican a cada una de las sentencias que acogen, o no, este concepto dañoso; y porque se ocupan de ella los muchos estudios que sobre el daño se han elaborado en los últimos años. Así, por ejemplo, sólo en relación con la pérdida de oportunidades laborales, pueden reseñarse los siguientes trabajos: C. M. BARONE, *Osservazioni*, Foro it., 1989/1, cc. 1330 ss.; A. L. BITETTO, *Perdita di «chance»: quand'è in gioco un posto di lavoro!*, Danno resp., 2003/8-9, pp. 882-885; G. BOLEGO, *Nesso causale e quantificazione del danno da perdita di una «chance»*, nota S. Tr. Cas., Lab., 17 mar. 1998, núm. 2881, Riv. it. Dir. lav., 1998/2, pp. 713-717; A. BOLLANI, *Concorsi privati e discrezionalità di scelta*, Giurispr. it., 1994/1/1, cc. 1761 ss.; O. BONARDI, *Concorsi invalidi...*, cit., pp. 463-467; E. CAPPAGLI, *Perdita...*, cit., pp. 1841 ss.; A. DE CUPIS, *Il risarcimento...*, cit., cc. 1181-1183; C. DE MARZO, *Purchè non siano percentuali: perdita di «chance» e quantum del danno risarcibile*, Foro it., 1991/1, cc. 1793 ss.; M. DE NICOLÒ, *Principi generali circa la ripartizione dell'onere della prova in tema di procedura per la promozione ad una qualifica superiore*, Giurispr. it., 1996/1/1, cc. 415 ss.; S. EVANGELISTA, *Perdita di «chance»: non c'è danno senza la prova sulle possibilità di promozione (la dimostrazione può basarsi sul calcolo delle probabilità)*, Dir. Giust., 2002/2, pp. 53 ss.; M. FRANCO, *Tutela della professionalità e perdita di una «chance»*, Giust. civ., 1993/1, pp. 2439 ss.; E. GRAGNOLI, *Considerazioni sul risarcimento del danno per perdita di «chance» nei concorsi privati*, en AAVV, *Studi in onore di Gustavo Romanelli*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 619-640; C. LAUDO, *Promozione a scelta: esternazione dei motivi e risarcimento del danno da perdita di «chance»*, Riv. it. Dir. lav., 1994/2, pp. 36 ss.; A. LAZZARI, *Perdita di «chances» in giudizio: la responsabilità del sindacato per omesso appello*

da parte del lavoratore, Danno resp., 1999, pp. 1123 ss.; I. MILIANTI, *Sui criteri di risarcimento dei danni conseguenti all'esclusione del lavoratore del novero dei candidati a una promozione*, Riv. it. Dir. lav., 1998, pp. 706 ss.; M. MOCELLA, *Concorsi privati, perdita di «chance» e risarcibilità del danno*, Riv. it. Dir. lav., 1994/2, pp. 312 ss.; A. M. MUSSY, *Sicilcasce ed il danno da perdita di una «chance»*, Giurispr. it., 1994/1/1, cc. 235 ss.; A. RIGANÒ, *Promozione a scelta: tutela delle posizioni soggettive del lavoratore e risarcibilità della perdita di «chance»*, Giurispr. it., 1997/1/1, cc. 792 ss.; T. TORRESI, *Perdita di «chance» e tutela civile dei diritti*, Giurispr. it., 1999/1/1, pp. 83 ss.; A. VALLEBONA, *Spunti critici sulla questione del diritto del lavoratore allo svolgimento della prestazione*, Riv. it. Dir. lav., 1996/2, pp. 363 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Il danno...*, cit., pp. 217 ss.; C. ZOLI, *La giurisprudenza sui concorsi privati tra logiche pubblicistiche e strumenti civilistici: oscillazioni e assentamenti*, Riv. it. Dir. lav., 1992/1, pp. 43-44; y *La ripartizione dell'onere della prova nel caso di promozione a scelta*, Riv. it. Dir. lav., 1992/2, pp. 568 ss.

(323) Para el Derecho alemán, donde empieza a surgir una línea favorable a la indemnización de la *chance*, vide: E. DEUTSCH, *Unerlaubte Handlungen und Schadenersatz und Schmerzensgeld*, 3ª ed., Köln/Berlin/Bonn/München, 1995; H. FLEISCHER, *Schadenersatz...*, cit., pp. 766 ss.; H. J. KAHRs, *Kausalität und überholende Kausalität im Zivilrecht*, de Gruyter, Hamburg, 1969, pp. 4 ss.; M. KASCHE, *Verlust von Heilungschancen: eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Frankfurt am Main, 1999; H. J. MERTENS, *Der Begriff des Vermögensschadens im bürgerlichen Recht*, Stuttgart/Berlin/Köln, Mainz, 1967, pp. 151, 158, 209; y H. STOLL, *Schadenersatz für verlorene Heilungschancen vor englischen Gerichten in rechtsvergleichender Sicht*, en AAVV, *Der Schadenersatz und seine Deckung. Festschrift für Erich Steffen*, Berlin/New York, 1995, pp. 475 ss. Para el Derecho austriaco, postulando la aplicación de la teoría en contra del criterio dominante en la jurisprudencia y en la literatura científica, H.

Christoph MÜLLER(324), quien, según señala en la introducción(325), dice haberla abordado en atención a la sugerencia efectuada por los más conspicuos autores de la doctrina suiza [Olivier GUILLOD(326), Emil Wilhelm STARK(327) y Franz WERRO(328)](329). Así pues, incluso aquí hay una autorizada doctrina partidaria de su resarcimiento; cosa que, en la línea de lo que estamos diciendo, explica por qué se ha previsto su concreta regulación mediante una reforma del Código de Obligaciones(330).

La singularidad del Derecho español radica en que ha sido la jurisprudencia la que, con protagonismo poco compartido, ha sido la que ha empezado a referirse al daño por pérdida de oportunidad. Los estudios sobre la materia han sido escasos hasta hace poco; y sólo últimamente han empezado a surgir, después de que el Tribunal Supremo, junto con el legislador (de los contratos en los sectores excluidos) y el Consejo de Estado (confesadamente influido por el TEDH), hayan reconocido su resarcibilidad. Tal fenómeno será explicado el próximo Capítulo, después de testimoniar aquí la manera en que el concepto ha cristalizado en el Derecho europeo y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

KOZIOL, *Schadenersatz für verlorene Chancen?*, Revue de la Société des juristes bernois/Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, 2001, pp. 889 ss.

(324) Es el trabajo antes citado: *La perte d'une chance. Etude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale*, Stämpfli Verlag, Bern, 2002.

(325) *La perte...*, cit., p. 24.

(326) A juicio de este autor, la teoría merece una monografía, pues plantea numerosas y difíciles cuestiones teóricas (*La responsabilité civile des médecins: un mouvement de pendule*, en M. BORGHI, O. GUILLOD, H. SCHULTZ, *La responsabilità del medico e del personale sanitario fondata sul diritto pubblico, civile e penale*, CFPG, Lugano, 1989, p. 79).

(327) Para este autor, la cuestión de la responsabilidad por cuotas de probabilidad como alternativa al sistema tradicional del todo o nada no está suficientemente estudiada (*Die «perte d'une chance» im Schweizerischen Recht*, en AAVV, *Développements récents du droit de la responsabilité civile. Kolloquium neuere entwicklungen im haftpflichtrecht*, coord. O. Guillo, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1991, p. 149).

(328) Según dice, la teoría podría constituir por sí el objeto de una Tesis doctoral (*Le mandat et ses effets*, Editions universitaires, Fribourg, 1993, núm. 1014).

(329) Esta investigación es en buena medida tributaria de esta imprescindible

monografía. No obstante, aunque no puede extrañar que no se cite ni una sola obra española (porque, como veremos –Cap. III, ap. IV–, nuestra bibliografía sobre la pérdida de oportunidad ha sido escasa hasta hace bien poco), llama la atención que tampoco se consideren, siquiera mínimamente, la doctrina y la jurisprudencia italianas; y llama la atención porque el trabajo aborda el estudio del tratamiento resarcitorio de la *chance* en Suiza a partir de un exhaustivo análisis de los ordenamientos jurídicos en que ha sido acogida y teorizada la figura. El autor ha publicado también *Schadenersatz für verlorene Chancen. Ei des Kolumbus oder Trojanisches Pferd?*, Aktuelle Juristische Praxis, 2002, pp. 389-406, que corresponde a la parte central de la obra anterior (www.wenger-plattner.ch/d/SchadenersatzVerloreneChance.pdf; consulta 9 dic. 2003). Para el tratamiento de la *chance* por la doctrina suiza, *vide*, además, V. ROBERTO, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Schulthes Juristische Medien, Zürich, 2002, núm. 778 ss.; J. SELVADORAY, *Pérdida...*, cit., pp. 1401-1414; y W. MÜLLER-STOY, *Schadenersatz für verlorene Chancen Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Freiburg im Breisgau, 1973.

(330) Me refiero al artículo 56 d) del Anteproyecto de Reforma del Código suizo de Obligaciones, recogido y comentado en el Capítulo VII (ap. IV.1).

3. BALANCE

Suele decirse que las familias del *Droit Civil* y del *Common Law* son difícilmente reconciliables, sin que puedan detectarse fácilmente los puntos comunes de las regulaciones que establecen, sea de Derecho privado, sean de Derecho público. Lo cierto es, no obstante, que, al margen de que sus diferencias son algunas veces más aparentes que reales⁽³³¹⁾, en lo que aquí interesa, comparten una misma tradición. Los sistemas más representativos de una y otra cultura (Francia e Inglaterra) alumbraron la doctrina de la pérdida de oportunidad (*perte de chance*, *loss of chance*) casi simultáneamente (entre finales del XIX y principios del XX) del mismo modo (a través de la jurisprudencia y el influjo doctrinal), para el mismo tipo de casos (de incumplimiento contractual); y, a la vez que han extendido su inicialmente estrecho ámbito de aplicación, la han exportado a otros ordenamientos situados en sus respectivas áreas de influencia (Bélgica, Holanda, Italia, Argentina; Estados Unidos, Canadá, Australia, entre otros). Por eso no puede extrañar que se haya estimado que la doctrina de la oportunidad perdida constituye uno de esos elementos comunes en algunas de las sedes europeas y americanas en que se aplica la metodología comparada.

Las sedes a que me refiero son específicamente: La Unión Europea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, algunas organizaciones o agrupaciones privadas dedicadas a la codificación del Derecho común europeo de los contratos y la responsabilidad civil (el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado Europeo, la Academia de Jusprivatistas Europeos y el Grupo Europeo de Responsabilidad Civil) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata, naturalmente, de instituciones muy diversas que producen a su vez instrumentos cuyos objetivos y virtualidad son muy distintos también. Pero, a los efectos de esta investigación, lo interesante es constatar que todas tienen de común el hecho de que las soluciones que fijan o proponen se basan (en mayor o menor medida, exclusivamente o no) en la comparación de experiencias jurídicas nacionales; y que la teoría de la *chance* constituye una de esas soluciones.

III. La recepción europea de la doctrina de la pérdida de oportunidad

1. LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS DE RECURSOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

1.1. Planteamiento

La CE/UE ha obligado a los Estados miembros a garantizar la in-

(331) En relación con el Derecho privado, M. BUSSANI y U. MATTEI, *The common core approach to european private law*, trabajo publicado en la página web de la Universi-

demnización de los daños que deriven de la violación de las normas procedimentales de contratación pública. Ha establecido que ese derecho resarcitorio surge aunque la víctima hubiera tenido sólo «posibilidades reales» de victoria. Es evidente que el análisis comparado y la constatación de que la doctrina de la oportunidad perdida es aceptada en muchos ordenamientos europeos han pesado en el legislador comunitario(332). No obstante, para la Comunidad, la uniformidad no ha sido un fin en sí, sino el instrumento con que realizar los objetivos de índole económica que definen los Tratados constitutivos(333).

La intervención comunitaria en el mercado de la contratación pública intenta reforzar la estructura económica europea para competir en mejores condiciones con otras potencias mundiales, como los Estados Unidos y Japón(334); y, sobre todo, para eliminar las restricciones que las reglamentaciones existentes en cada Estado Miembro han establecido históricamente a favor de los contratistas y los productos nacionales(335). De este modo,

dad de Trento (<http://www.jus.unitn.it/cardoza/Common.core/Insearch.html>), en el ámbito del denominado Proyecto Cornell dedicado a la identificación de los rasgos comunes de los Derechos europeos en materia de propiedad, contratos y responsabilidad civil. En relación con el Derecho público, J. BARNÉS VÁZQUEZ, *Hacia el Derecho público europeo*, en *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*, coord. J. Barnés Vázquez, Civitas, Madrid, 1993, pp. 32, 37, 38, 47; E. PALACI DI SUNI PRAT, *I diritti al procedimento. Profili di diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 58.

(332) Al tratar el principio de responsabilidad consagrado en las Directiva 89/665 (a la que nos referiremos inmediatamente), el profesor MORBIDELLI (*Note introduttive sulla Direttiva ricorsi*, Riv. Dir. pubbl. comunit., 1991, p. 850; y *L'appalto comunitario nel settore dell'energia*, Riv. Dir. pubbl. comunit., 1993/4, p. 807) recuerda que los principios que se elaboran a nivel comunitario encuentran su *humus* en los ordenamientos internos y constituyen una especie de inducción *unificante* de reglas propias de tales ordenamientos. Señala después que, en ese proceso de abstracción, destinado a la creación de reglas válidas para el sistema comunitario, es inevitable que los principios menos extendidos y más atípicos sean borrados y sustituidos por aquellos mayormente admitidos; y partiendo de estas premisas, dice que el principio de responsabilidad de la Directiva 665/89 es un principio «fuerte» que se sobrepone a las áreas de privilegio que consagran los sistemas de algunos Estados miembros.

(333) Aunque, en determinados secto-

res del Derecho público y del derecho privado, puede apreciarse en cierto modo un giro en los planteamientos técnicos de la Unión Europea, pues el avance hacia la creación de un Derecho europeo común parece afirmarse, a veces, como un fin en sí mismo. Vide J. BARNÉS BAZQUEZ, *Hacia un...*, cit., pp. 43 ss.

(334) M. MAGLIANO, *Il contenzioso degli appalti pubblici nella prospettiva del mercato unico europeo*, Riv. Diritto europ., 1991, p. 884.

(335) G. SAMANIEGO BORDIÚ, *La normativa comunitaria de los contratos de las empresas que actúan en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones*, REDA, núm. 71, 1991, p. 357-358) se ha referido a la tendencia a «comprar nacional», poniendo de manifiesto cómo, según el informe realizado por la Comisión bajo la dirección de Paolo CECCHINI (publicado en *Los efectos del Mercado Único Europeo*, Revista del Instituto de Estudios Económicos, 1988, núm. 4), la integración de los mercados europeos en el campo de la contratación se limitaba al 0,14 por 100 del mercado global. Por eso PIÑAR MAÑAS [*El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública comunitaria*, en AAVV, *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*, Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez, coord. L. Martín-Retortillo Baquer, t. I, Consideraciones generales. *El procedimiento administrativo*, present. S. Martín-Retortillo Baquer, Civitas, Madrid, 1993, p. 780] ha dicho que la inercia de los poderes públicos, su afán por sortear la aplicación de las Directivas y de los precep-

se combaten las políticas *locales* contrarias a la prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad y a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, bajo el entendimiento de que amenazan considerablemente el proceso de consolidación del mercado único(336). Además, a través de la uniformación o armonización de las regulaciones nacionales en la materia se consigue reducir la disparidad normativa en el mercado de la contratación pública, captada como distorsionante de su buen funcionamiento, enturbiadora de los criterios que deben guiar la movilidad de los factores y falseadora de las condiciones de la competitividad(337).

La medida en cuestión ha sido adoptada en la segunda Directiva de recursos, la 92/13/CEE, del Consejo, de 25 de febrero (sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones). Tal Directiva, junto con la 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989 (relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras) trata de garantizar el cumplimiento de la legislación comunitaria en la materia por parte de los Estados Miembros(338). Su objetivo prioritario es corregir la heterogeneidad e insuficiencia de las posibilidades reaccionales reconocidas por los sistemas nacionales a los perjudicados por la infracción de las normas de contratación pública(339). La reparación

tos de los Tratados, convertía en cierto modo el considerable bagaje normativo y jurisprudencial existente en meras e inútiles buenas intenciones.

(336) Sobre esta incompatibilidad, con comentario de algunas sentencias del TJCE que la han puesto de manifiesto, J. L. PIÑAR MAÑAS, *El sistema...*, cit., pp. 774-776. También, con referencias a jurisprudencia reciente, J. M. FERNÁNDEZ ASTUDILLO, *Los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras, de suministro y de servicios en la Unión Europea. La nueva directiva reguladora de los contratos públicos*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 267-270.

(337) Vide J. M. GIMENO FELIÚ, *El sistema de recurso en la contratación pública y los sujetos contratantes: Reflexiones sobre el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa en España*, en AAVV, *La riforma della giustizia amministrativa in Italia ed in Spagna. Atti del convegno di studi italo-spagnolo* (Palermo, 19 y 20 de marzo de 2001), dir. S. Raimondi y R. Ursi, pp. 271-274.

(338) En la actualidad, la regulación comunitaria de los contratos públicos se encuentra en dos Directivas, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004: la Directiva 2004/18/CE,

sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, que ha refundido y modificado las anteriores 93/37/CEE (obras), 93/36/CEE (suministros) y 92/50/CEE (servicios); y la Directiva 2004/17/CE, sobre coordinación de procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, que, a diferencia del régimen especial de su antecesora (93/38/CEE), incluye los servicios postales y deja de aplicarse en el sector de las telecomunicaciones. La Directiva de recursos 89/665/CEE pasa ahora a promover el cumplimiento por parte de los Estados Miembros de la Directiva 2004/18/CE, según establece el artículo 81 de esta última. A su vez, la segunda Directiva de recursos, la 92/13/CEE, constituye ahora el texto que contiene los mecanismos de control y las garantías de aplicación de la nueva regulación de los procedimientos de contratación en los sectores especiales prevista en la Directiva 2004/17/CE, según dispone el artículo 72 de ésta.

(339) Sobre estas medidas, F. CAPELLI, *Procedure di ricorso in materia di appalti pubblici*, Dir. comunit. scambi intern., 1990/1-

de los daños ligados a la incorrecta tramitación de los procedimientos constituye la garantía última, cuyo establecimiento quiere imponerse a todos los Estados Miembros a través de las Directivas de recursos. Se les obliga así a que reconozcan el derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados a cualquier persona que resulte perjudicada por la infracción de las normas de procedimiento. Ésta es la previsión que aquí interesa, pues hace referencia al daño por pérdida de posibilidades reales.

1.2. La pérdida de «posibilidades reales» como daño resarcible

Las Directivas 89/665 (art. 2.1) y 92/13 (art. 2.1) establecen que «los Estados miembros velarán para que las medidas adoptadas en relación con los procedimientos de recurso (...) prevean los poderes necesarios (...) para conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción». De esta forma, se ha venido a afirmar el principio de responsabilidad por los daños que derivan de la infracción de la normativa comunitaria y nacional de transposición que se ocupa de los procedimientos de contratación⁽³⁴⁰⁾; un principio cuyo alcance y aplicación

2, pp. 149-150; G. CASTRIOTA-SCANDERBER, *La tutela degli operatori nei confronti della pubblica amministrazione secondo la disciplina comunitaria degli appalti*, Dir. comunit. scambi intern., 1990/1-2, pp. 152-153; J. M. BAÑO LEÓN, *El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional*, en AAVV, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., dir. R. Gómez-Ferrer Morant, Thomson/Civitas, Madrid, 2004, pp. 329-363; J. M. GIMENO FELIÚ, *La directiva de recursos y su incorporación al ordenamiento español*, en AAVV, *La contratación pública...*, cit., pp. 271-284; y *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación. La incidencia de las Directivas comunitarias en el Ordenamiento jurídico español*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 187-198; J. F. MESTRE DELGADO, *El control de la adjudicación de los contratos públicos a tenor del Derecho Comunitario Europeo: Una nueva ordenación de las medidas cautelares*, Noticias CEE, núm. 74, 1991, pp. 35-40; G. MORBIDELLI, *Note introduttive...*, cit., pp. 833-846; *L'appalto comunitario...*, cit., pp. 802-819; J. L. PIÑAR MAÑAS, *El sistema...*, cit., pp. 780-795; G. SAMANIEGO BORDIÚ, *La normativa...*, cit., pp. 360-363; S. DE LA SIERRA MORÓN, *El sistema comunitario de tutela cautelar y su control por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la luz del artículo 6 del Convenio. Una oportunidad perdida. (La resolución del TEDH de 10 de marzo de 2004 en el asunto Senator Lines GmbH c. los quince Estados Miembros de la Unión Europea, n.º 56672/00)*, REDA, núm. 5, 2004.

(340) Se han referido en términos de «principio» a la obligación de los Estados Miembros de reconocer el derecho a indemnización del licitador que resulte perjudicado por el comportamiento ilegal de la Administración en el marco de los procedimientos de contratación, *ex multis*, G. MORBIDELLI, *Note introduttive...*, cit., pp. 862-864; G. ABBAMONTE, *Sulla risarcibilità dei danni da azione di interessi legittimi: Diritto interno e fonti comunitarie*, en *Studi in memoria de Franco Piga*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1992, p. 5; C. PALMAS, *Il risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi in tema di appalti pubbliche. La quantificazione del danno*, Riv. amm. Repubbl. it., 1996, p. 1227; L. V. MOSCARINI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e termine di decadenza: riflessioni a margine dell'ordinanza n. 1. dell'ad. plen. del Consiglio di Stato 2 gennaio 2000*, Dir. proc. amm., 2001/1, p. 8. En parecido sentido, J. F. MESTRE DELGADO, *El control...*, p. 39: «la Directiva impone que, entre otros poderes que deben ostentar los órganos competentes de cada Estado miembro, debe contarse el de conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción (...), el título del que deriva la indemnización no puede ser otro que el de haber incurrido el poder adjudicador en un supuesto de responsabilidad extracontractual, lo que determina la necesidad de que así se declare, con las consecuencias que, en buena técnica jurídica, se anudan a tal declaración». Se trata, ade-

debe ser objeto, según se ha dicho, de una larga e intensa reflexión(341). El principio alcanza un mayor grado de concreción en el apartado 7 del artículo 2 de la Directiva 92/13: «*Cuando una persona interponga una demanda por daños y perjuicios por los gastos habidos en la preparación de una oferta o la participación en un procedimiento de formalización, únicamente se le exigirá que pruebe que ha habido violación del Derecho comunitario en materia de formalización de contratos o de las normas nacionales que transponen este Derecho, y que hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato, posibilidad que se ha visto comprometida debido a esa violación*». El mandato coherente con lo establecido en el undécimo Considerando, que señala: «*cuando una persona presente una demanda de daños y perjuicios por los gastos realizados con ocasión de la preparación de una oferta o de la participación en un procedimiento de formalización de un contrato, no se le exigirá, para obtener el reembolso de dichos gastos, que pruebe que en ausencia de esta violación se le habría adjudicado el contrato*». La Directiva establece así la necesidad de garantizar un resarcimiento siempre que el interesado tuviera «*una posibilidad real de obtener el contrato*» y que ésta se viera comprometida por la violación del Derecho en materia de adjudicación de contratos. Utilizando las palabras del undécimo Considerando, para obtener la indemnización no se exigirá al interesado la prueba de que, en ausencia de aquella violación, se le habría adjudicado el contrato, porque basta la acreditación de una simple posibilidad real(342). Se está, pues, ante unas previsiones normativas que acogen la doctrina de la oportunidad perdida(343).

más, de un principio que, según el profesor MORBIDELLI (*Note introduttive...*, cit., p. 850), reúne los presupuestos para su aplicabilidad *erga omnes*, superando su inicialmente limitado ámbito de obligatoriedad. Dice este autor que, si se considera que tal principio es de carácter integrativo y está dotado de suficiente detalle, podría vincular inmediatamente a todas las Administraciones públicas en virtud de la doctrina comunitaria del efecto directo. Y añade que ha de llegarse a la misma conclusión si se entiende que se trata de un principio de carácter programático necesitado de una disciplina de desarrollo, porque los Estados miembros, por lo menos el italiano, tienen ya reglas específicas que posibilitan su aplicación y que, con la entrada en vigor de normativa comunitaria, deben ser interpretadas a la luz de aquél.

(341) G. SAMANIEGO BORDIÚ, *La normativa...*, cit., p. 373.

(342) Otro de los daños indemnizables son los gastos inútilmente afrontados con ocasión de un procedimiento de contratación (por ej., secretaría, certificaciones, notaría, viajes, proyectos), expresamente

mencionados en el artículo 2.7 de la Directiva 92/13/CEE. La propuesta de Directiva, presentada por la Comisión el 25 de julio de 1990 (Documento núm. C 216, de 31 de agosto de 1990), establecía una tasación legal de estos gastos (en un 1% del valor del contrato), cuya cuantía podía superarse en el caso de que el licitador perjudicado demostrase que los costes fueron mayores. Se trata de una interesante precisión que, sin embargo, dejó de figurar en la propuesta modificada presentada por la Comisión el 4 de junio de 1991 («DOCE» de 10 de julio de 1991, C 179).

(343) Así lo ha puesto de manifiesto la doctrina italiana: E. M. BARBIERI, *Riflessioni...*, cit., pp. 739-746; M. PROTTO, *E crollato il muro della irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi: una svolta epocale?*, coment. S. Tr. Cas., civil (Seccs. Unidas), 22 jul. 1999, núm. 500, Urb. app., 1999/10, pp. 1085, 1086, 1089; P. SANTORO, *La responsabilità civile, penale ed amministrativa negli appalti pubblici*, present. G. Di Giandomenico, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 212-213; C. PALMAS, *Il risarcimento...*, cit., pp. 1233-1234. Esta última autora ha dicho que «la imposi-

De este modo, quiere hacerse frente a un problema característico de la contratación pública. Sucede con frecuencia que el contrato ha sido ejecutado ya cuando un licitador obtiene la anulación del acto que le excluyó del procedimiento o resolvió a favor de otro participante(344). El empresario ha sufrido la pérdida del contrato, pero no

bilidad de demostrar que el competidor ilícitamente lesionado por acto o comportamiento de la Administración, en ausencia de tal ilicitud, habría obtenido con seguridad el contrato, es, sin embargo, un obstáculo superable si no se pretende tener la certidumbre del daño y nos contentamos con la probabilidad: en efecto, concretando las posibilidades del recurrente de resultar adjudicatario, será posible indemnizar, no sólo los gastos regularmente sostenidos, sino también las *chances* de adjudicación». En parecido sentido, G. MORBIDELLI, *Note introduttive...*, cit., pp. 855-857; G. CASTRIOTA-SCANDERBEG, *Procedure...*, cit., p. 156. La doctrina española, aunque no ha hecho específica mención a la doctrina de la pérdida de oportunidad, ha destacado cómo en la Directiva 92/13 «la relación de causalidad se articula de forma sumamente generosa (...) sobre todo si tenemos en cuenta que (...) quien reclama la indemnización no tiene por qué probar que él debería haber sido el adjudicatario del contrato, sino tan sólo que habría tenido «una posibilidad real de obtener el contrato» y, después de todo, esa «posibilidad» la tiene todos incluso, en mi opinión, todos cuantos, cumpliendo los requisitos objetivos requeridos para ello (por ejemplo, la clasificación o el cumplimiento de las normas sobre incompatibilidades), pueden acreditar que tenían interés en el contrato» (J. L. PIÑAR MAÑAS, *El sistema de garantías...*, cit., p. 784). J. M. GIMENO FELIÚ (*La Directiva de recursos...*, cit., pp. 288-289, *El sistema de recursos...*, cit., pp. 277-288, y *Contratos Públicos: Ambito...*, cit., pp. 191-192) y J. L. BLASCO DÍAZ (Artículo 63 Ley 13/1995, en AAVV, *Comentarios...*, cit., p. 1460) adoptan idéntico posicionamiento. A parecidas conclusiones llega también J. M. BAÑO LEÓN (*El contencioso...*, cit., p. 356), aunque, a su juicio, el reembolso de los gastos en presencia de una posibilidad real y, por tanto, sin que quede cumplidamente acreditado que, sin la infracción, el licitador habría obtenido el contrato, constituye una «indemnización cuasi penal, que no responde a la reparación de daños efectivamente sufridos». Por su parte, A. HUERGO LORA (*La nueva regulación de los contratos públicos en*

Alemania. Reflexiones desde el Derecho español, en AAVV, *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, coord. F. Sosa Wagner, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 1875-1876), realiza unas muy precisas observaciones: «La Directiva 92/13/CEE exige una relación de causalidad entre la ilegalidad cometida por el órgano de contratación y la disminución o pérdida de las oportunidades del demandante». A su juicio, cabe interpretar esta exigencia en el sentido de que «el demandante no necesita probar, para obtener una indemnización, que su oferta habría tenido que recibir la adjudicación en todo caso. Esa prueba es, en muchos casos, imposible. Tampoco basta con haber presentado una oferta admisible, pues entonces la ilegalidad de la Administración produciría un enriquecimiento sin causa (...). El artículo 2.7 puede servir para eliminar los problemas de esa prueba imposible o diabólica (...). Siempre que el demandante pruebe que esa oferta hubiera podido ser escogida porque, al menos teniendo en cuenta alguno de los factores que puede guiar la decisión de contratar, era la mejor, entonces debe ser indemnizado, al menos en la cuantía del interés negativo. Es decir, basta probar que la oferta presentada hubiese podido ser elegida, pero no es necesario probar que esa oferta debió ser elegida en todo caso». También se ha pronunciado sobre esta cuestión V. S. BACA ONETO (*La invalidez de los contratos administrativos*, pról. J. L. Martínez López-Muñiz, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 377-378), para quien es, quizá, más «conveniente» interpretar que la Directiva sólo permite recuperar los gastos, extendiendo esta garantía a todo aquel que presentara una oferta razonable.

(344) Limitando nuestras consideraciones a la experiencia española —que en cualquier caso es extrapolable a otros Estados Miembros y, desde luego, a Italia—, y basándonos en los cálculos de J. F. MESTRE DELGADO (*El control...*, cit., pp. 35-36), sucede de ordinario que la ejecución de los contratos públicos se realiza antes de la tramitación de los recursos jurisdiccionales porque ésta suele durar más de cuatro años.

se la puede imputar a la entidad adjudicadora para obtener la reparación, porque subsisten elementos de incertidumbre que impiden asegurar que el curso regular del procedimiento (*id quod plerumque accidit*) se habría traducido en un acto de adjudicación a su favor. Es habitual que la subsistencia de un margen de valoración o apreciación a cargo del poder adjudicador, el elevado número de participantes o la escasez del material instructorio impidan estimar con un grado aceptable de seguridad que el recurrente habría obtenido el contrato. En estos casos, no puede acreditarse la existencia de la alta probabilidad con que se tiene por cierto el hecho causal, pero, a tenor de lo establecido el artículo 2.7 de la Directiva 92/13, no es preciso que la haya. Si la norma infringida corresponde a un procedimiento sujeto a la Directiva, basta una probabilidad seria o real para que surja el derecho a indemnización.

El remedio sólo está previsto para la contratación en el ámbito de los denominados sectores especiales. La Directiva 89/665 nada dice en cuanto a la pérdida de oportunidad. Sin embargo, el borrador inicial era mucho más analítico, pues desglosaba los conceptos dañosos que debe atender el Derecho interno de los Estados Miembros. Al final se optó por una previsión sucinta, limitada a afirmar un principio general de resarcibilidad, pero resulta significativo que el elenco de perjuicios originariamente previsto, además de los gastos y del lucro cesante, incluyera expresamente «*la pérdida de oportunidades*»(345). A su vez, el Dictamen del Comité Económico y Social emitido el 28 de agosto de 1988(346) señalaba que la indemnización debe extenderse total o parcialmente al lucro cesante(347). Esta afirmación nos sitúa indudablemente en la órbita de una específica concepción de la doctrina de la pérdida de oportunidad: la teoría de la causalidad probabilística, que concibe la figura como expresión de la entrada en juego de un sistema

(345) El párrafo segundo del artículo 3 decía «*La instancia administrativa o la jurisdicción competente podrá adoptar, en particular, las decisiones siguientes: (...) reconocer la existencia de daños e intereses a la empresa perjudicada por gastos de estudio inútiles, beneficios no percibidos o pérdida de oportunidades*».

(346) En «DOCE» de 22 de diciembre de 1987, C 347.

(347) En doctrina, se ha destacado que las Directivas consagran un principio de resarcibilidad de los perjuicios derivados de la infracción de la normativa comunitaria o de la nacional de transposición sin exclusión de ninguna específica figura dañosa. Por eso, la ausencia de una referencia explícita no puede interpretarse como negación del deber de indemnizar determinadas categorías dañosas. Así, refiriéndose fundamentalmente al lucro cesante: C. PALMAS, *Il risarcimento...*, cit., p. 1223; G. RACCA,

La quantificazione del danno subito dai partecipanti alle gare per l'affidamento di appalti pubblici, Dir. amm., 1998/1, pp. 156-157; M. PROTTO, *È crollato...*, cit., pp. 1085-1086. La doctrina española parece llegar a la misma conclusión, al referirse a la obligación estatal de garantizar el resarcimiento de todos los daños derivados de la irregular tramitación del procedimiento. Así, J. F. MESTRE DELGADO, *El control de la adjudicación...*, cit, p. 39; J. M. BAÑO LEÓN, *El contencioso...*, cit., p. 356; J. L. BLASCO DÍAZ, Artículo 63 Ley 13/1995, en AAVV, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administrativas Públicas*, dir. R. García Macho, coord. J. L. Blasco Díaz, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 1460; J. L. PIÑAR MAÑAS, *El sistema...*, cit., pp. 783-784; G. SAMANIEGO BORDIÚ, *La normativa...*, cit, p. 373; J. M. GIMENO FELIÚ, *La Directiva...*, cit, pp. 277-278; *El sistema...*, cit., pp. 288-289; y *Contratos públicos...*, cit., pp. 190-192.

de imputación causal alternativo al tradicional que, en determinados supuestos, admite la reparación de daños inciertos; reparación que, no obstante, sólo es parcial porque del monto total se resta la parte proporcional a las probabilidades de que la víctima hubiera sufrido el daño en cualquier caso(348). Resulta, pues, evidente, que el legislador comunitario conoce la pérdida de oportunidad y ha querido garantizar una indemnización en los supuestos en que se produce(349).

Es posible que los redactores del texto definitivo de la Directiva 92/13 y de los preparatorios de la 89/665 se hayan dejado influir por el Derecho francés(350); y es posible que, con la previsión de una indemnización en estos casos, se haya perseguido equilibrar las garantías resarcitorias establecidas en este punto por los sistemas nacionales. El Derecho francés, al aplicar corrientemente la teoría de la *chance* en asuntos administrativos, consagra unas posibilidades indemnizatorias que no reconocen los ordenamientos jurídico-administrativos de otros Estados Miembros, como Alemania o España. El resultado es que los empresarios galos que se ven perjudicados por las irregularidades cometidas por los poderes adjudicadores de otros países comunitarios pueden no recibir el mismo grado de tutela que ofrece su propio sistema. Por eso, las previsiones mencionadas pueden haberse incluido con la intención de corregir esta disparidad de tratamiento, captada como distorsionante del funcionamiento del mercado y discriminatoria del operador francés que compete en otros territorios de la Unión frente a los licitadores de otros Estados Miembros que participan en procedimientos convocados en Francia(351)/(352).

(348) Es la teoría de la causalidad probabilística o de la identificación parcial, estudiada en el Capítulo VII.

(349) En parecido sentido, A. R. COSÌ, *Risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi: storia di una sentenza*, Dir. comunit. scambi intern., 2000/1, p. 134. Según el profesor BAÑO LEÓN (*El contencioso...*, cit., p. 355), las dos Directivas de recursos deben interpretarse conjuntamente. A su juicio, «las especificaciones o aclaraciones que contiene la Directiva más moderna son en rigor trasladables a la Directiva 89/665». La mención expresa a la indemnización en presencia de una posibilidad real está incluida en una Directiva que, como es sabido, se aplica, no sólo a poderes públicos, sino también a las entidades privadas que operen en los sectores especiales y que gocen de derechos especiales o exclusivos concedidos por el Estado miembro para operar en estos sectores de actividades. Si las Directivas de recursos dejaran de interpretarse conjuntamente, se llegaría a la «absurda conclusión de que el Derecho

Comunitario protege más al licitador de un contrato de una empresa privada sujeta a la Directiva 92/13 que al que concurre a una licitación pública. Y es sabido que, en buena hermenéutica no es admisible una interpretación que lleve al absurdo».

(350) Su influencia se pone de manifiesto a través del criterio normativo de las posibilidades reales y a través de idea de la reparación *parcial* del lucro cesante contenida en el dictamen mencionado. Como veremos, esta idea enlaza con una de las justificaciones de la teoría vertidas en aquel ordenamiento (Cap. VII, ap. II).

(351) Lo mismo cabe decir de los empresarios provenientes de países que, como Italia, han empezado a garantizar la compensación de las *chances* de adjudicación en razón, precisamente, de las Directivas de recursos. Sobre la repercusión de estas Directivas en el ordenamiento italiano Cap. III, ap. I.2.

(352) Téngase en cuenta el cuarto Considerando de la Directiva 89/665, reiterado en el tercero de la 92/13, dice: «que

2. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

2.1. *La influencia del Tribunal en los Derechos nacionales de daños*

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) interpreta y aplica el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950(353), así como sus diversos Protocolos y, a tal efecto, se inspira, en parte, en la técnica de la comparación jurídica. A la vez que utiliza «nociones autónomas», desvinculadas de los referentes nacionales, tiene presente la evolución del Derecho interno de los Estados para la búsqueda de soluciones que expresen el consenso entre los diversos ordenamientos, lo que facilita la aceptación de su jurisprudencia(354). Por eso resulta especialmente significativo que maneje la doctrina de la pérdida de oportunidad(355).

La jurisprudencia TEDH se integra en el Derecho español, como parámetro de interpretación constitucional, a través de un doble reenvío: la

la ausencia de medios de recurso eficaces o la insuficiencia de los medios de recurso existentes en algunos Estados miembros tiene un efecto disuasorio sobre las empresas comunitarias a la hora de probar suerte en el Estado del poder adjudicador de que se trate; que es importante, por consiguiente, que los Estados miembros remedien esta situación». El profesor PROTTO (*È crollato...*, cit., p. 1089) señala en esta línea que resulta más conforme al Derecho comunitario admitir que los ordenamientos de los Estados miembros deben utilizar la técnica de la *chance* para tutelar adecuadamente a los licitadores. F. LEDDA (*Agonia e morte ingloriosa dell'interesse legittimo*, Riv. giur. sarda, 2000/2, p. 904) se ha expresado en parecidos términos, al igual que G. MORBIDELLI (*Note introduttive...*, cit., pp. 852, 857), quien considera que no puede interpretarse la Directiva 665/89 prescindiendo de su finalidad, que es asegurar la *par conditio* de todos los empresarios en el mercado europeo de la contratación pública. También en este sentido la doctrina suiza, que, al poner de manifiesto cómo su legislación limita el resarcimiento a los gastos de participación (Ley federal de 16 de diciembre *sur les marchés publics*) señala que no es «eurocompatible», pues «contradice el artículo 2.7 de la Directiva 92/13/CEE». Así, citando a E. CLERK (*L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique*, Tesis doctoral inédita, Friburgo, pp. 195, 613), C. MÜLLER (*La perte...*, cit., pp. 336-337), para quien las restricciones del concepto de daño resarcible constituyen en este ámbito un elemento claramente disuasorio

para los eventuales licitadores perjudicados.

(353) Dicho Convenio fue ratificado por España en 29 de septiembre de 1979, entrando en vigor el día 4 de octubre siguiente. La singularidad del Convenio, en relación con los Acuerdos, Convenios y Tratados internacionales atinentes a la protección de los derechos humanos, radica precisamente en la existencia del Tribunal que lo interpreta y aplica, con proyección sobre los diversos ordenamientos internos. *Vide ex multis* M. MARTÍNEZ SOSTEDRA, *el Convenio de Roma y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Derecho español*, R. Gen. Der., núm. 510, 1987, pp. 894-895; o, más recientemente, A. QUERALT JIMÉNEZ, *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

(354) A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura Constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Cons. Gen. Poder Jud., Madrid, 1999, pp. 142-143. L. M. DíEZ-PICAZO, *Legal comparison as an instrument of the European integration process*, in *Studies on European Public Law. The Europeanization of Public Law and the European Constitution*, dir. L. Ortega Álvarez, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 15-16, 20-21.

(355) Sobre el tema me he ocupado en *Spanish Law System and Internationalization of Human Rights Protection*, European Rev. Public Law, núm. LXXXIII, jun. 2006, pp. 489-521.

remisión del artículo 10.2 CE al Convenio y la remisión del artículo 32 de éste a las sentencias del Tribunal Europeo⁽³⁵⁶⁾. En virtud de esta última remisión, la jurisprudencia de Estrasburgo *forma parte* del Convenio; y, en virtud de la primera, el Convenio constituye un *parámetro de interpretación* de los derechos y libertades reconocidos en nuestra Constitución. El ordenamiento español proporciona así *cobertura constitucional explícita* al proceso de apertura al Derecho internacional y formación de un *ius commune* europeo de los derechos fundamentales; un proceso que, como se ha dicho, «en la mayoría de las ocasiones (de los Estados), parece sustentarse sólo en la buena disposición de los intérpretes constitucionales, favorables a la recepción de la doctrina procedente de distintas sedes internacionales»⁽³⁵⁷⁾.

(356) Así lo puso de manifiesto GARCÍA DE ENTERRÍA [*Valeur de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme en droit espagnol*, en AAVV, *Protection des droits de l'homme: la dimension européenne* (Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda), dir. F. Matscher y H. Petzol, Carl Heymanns Verlag, 1988, pp. 222-223], aunque refiriéndose al (antiguo) artículo 45 CEDH. Sobre el tema, L. M. BUJOSA VADELL, *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 110 ss.; J. A. CARRILLO SALCEDO, *España y la protección de los derechos humanos: el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal constitucional español*, AVR, 1994, pp. 190 ss.; *El convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003; A. H. CATALÁ I BAS, *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y su recepción por el Tribunal constitucional*, *Dereito*, vol. 11, 2002/1, pp. 25-30; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. LINDE PANIAGUA, L. ORTEGA ÁLVAREZ, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1983, pp. 30-36; J. DELGADO BARRIO, *Proyección de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia española*, *Rev. Adm. Públ.*, núm. 119, 1989, pp. 233-252; L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la del Tribunal Constitucional*, en *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos II*, Cuadernos Derecho Judicial, Cons. Gen. Poder Jud., 1995, pp. 268-269; M. MARTÍNEZ SOSPEDRA, *El Convenio...*, cit., pp. 891-895, y *Prólogo a Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su recepción por el Tribunal Constitucional*, ed. R. Gen. Der., Valencia, 2001, pp. 14 ss.; J. M. MORENILLA RODRÍGUEZ, *La ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos*, R. Poder Jud., núm. 15, 1989, pp.

50 ss.; M. ORTELLS RAMOS, *El juez ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos y ante las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in *Seminario sobre jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Generalitat valenciana, Valencia, 1998, pp. 22 ss.; F. REY MARTÍNEZ, *El criterio interpretativo de los derechos fundamentales conforme a normas internacionales (análisis del artículo 10.2 CE)*, R. Gen. Der., núm. 537, 1989, pp. 3616-3617; A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura...*, cit., *passim*; A. SALADO OSUNA, *Efectos y ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Derecho español*, in *Jurisprudencia del Tribunal Europeo...*, cit., pp. 190 ss.

(357) A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura...*, cit., p. 14. El artículo 10.2 de la Constitución establece: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Esta disposición se refiere, no ya a la incorporación al Derecho interno de las Declaraciones y Tratados que tengan por objeto la protección de los derechos fundamentales, sino a la necesidad de que la interpretación de la regulación constitucional de los derechos y libertades se acomode al contenido de aquellas Declaraciones y Tratados (*ibidem*, pp. 150-151). No es que el artículo 10.2 permita la incorporación de nuevos derechos fundamentales al catálogo constitucional, cuando aparezcan en textos internacionales; es que a la hora de concretar el contenido de los específicamente previstos en la Carta Magna, ha de tenerse en cuenta «la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Se impone así el Derecho internacional de los derechos huma-

Hay que destacar, además, que la jurisprudencia de Estrasburgo también penetra en el Derecho español a través del Tratado de la Unión Europea, donde se establece que la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo de Derechos Humanos(358).

A lo largo de los años de su existencia, el TEDH ha acometido (con notable prudencia) la cuestión del resarcimiento de los daños sufridos por quienes resultan perjudicados por la violación de alguno de los derechos contemplados en el Convenio. Su jurisprudencia, construida bajo el manto normativo proporcionado por el artículo 50 del Convenio (hoy artículo 41) (359), ha dado lugar a un cierto Derecho de la Responsabilidad patrimonial de los Estados a los que, a veces, condena a indemnizar a los perjudicados que ven acogidas sus demandas(360). Por eso se ha dicho que el TEDH es un «laboratorio europeo» de la responsabilidad civil, dotado de los instrumentos que permiten la identificación y desarrollo de principios comunes a la vez que la eliminación progresiva de las divergencias que separan los sistemas nacionales(361); y que, en la actualidad, constituye la organización que está abriendo en mayor medida el camino de la integración europea en materia de daños, muy por encima del Tribunal de Justicia de las Comunidades y de los demás instituciones pertenecientes a la Unión Europea(362).

La doctrina estrasburguesa sobre responsabilidad civil puede calificarse, no obstante, de bastante elemental. Según se ha dicho, se caracteriza por la ausencia de unos principios claros en lo que refiere a la determinación tanto de los daños resarcibles, como de su medida y cuan-

nos como canon hermenéutico de la Constitución.

(358) Sobre la «influencia indirecta» en contraposición a la «influencia directa» derivada de la incorporación del Convenio al Derecho nacional, S. CASSESE, *La globalización...*, cit., pp. 167 ss.

(359) El originario artículo 50 establecía: «Si la decisión del Tribunal declara que una resolución tomada o una medida ordenada por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad de una Parte Contratante se encuentra total o parcialmente en oposición con obligaciones que se derivan del presente Convenio y si el Derecho interno de dicha Parte sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de esta resolución o medida, la decisión del Tribunal concederá, si procede, una satisfacción equitativa a la parte lesionada». Sustituido este precepto por el actual 41, éste es del siguiente tenor literal: «Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el Derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta

reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa».

(360) Hoy es más frecuente que el reconocimiento de la violación de los derechos humanos vaya acompañado de una respuesta resarcitoria concreta, con lo que se está superando el criterio general al que el Tribunal se ha atenido tradicionalmente, consistente en afirmar que la satisfacción del perjudicado se produce simplemente con el reconocimiento de la violación denunciada, sin que a esa declaración de índole reintegrativa se le añadiera la fijación de indemnización alguna. No obstante, todavía se encuentran sentencias en que se aplica ese viejo criterio. Así ha sucedido en el caso *Perote Pellón contra España*, resuelto por sentencia de 25 de julio de 2002, al que me refiero después (en este Cap., ap. III.2.2).

(361) M. BONA, *Protection...*, cit., p. 461.

(362) *Ibidem*, p. 463.

tificación, sin que contenga, por tanto, un cuerpo racionalizado de criterios y reglas invocables(363).

Esto es debido, quizá, a la confluencia de varios factores(364): la falta de la utilización estricta de la doctrina del precedente judicial; las divergencias que, para la determinación de los daños resarcibles y el cálculo de su cuantía, existe en los diversos países europeos; la distinta procedencia de los magistrados que integran el Tribunal, pues, al pertenecer a ámbitos diferentes en cuanto a la cultura jurídica del daño, se hace difícil la obtención de fórmulas uniformes; la falta de conciencia por parte del Tribunal del papel relevante que en materia resarcitoria puede ejercer en orden a la armonización de los criterios utilizados en los diversos países, pues constituye la institución europea que está en mejores condiciones para desarrollar esa tarea; la inexistencia en Europa de un concreto modelo nacional que goce del suficiente prestigio como para poder ser aceptado por el Tribunal y, a través de él, por los restantes países(365); y, sobre todo, la importancia prevalente que se atribuye al análisis de la posible violación de los derechos humanos, de modo que los pronunciamientos efectuados sobre la cuestión indemnizatoria ofrecen un manifiesto carácter secundario o residual, expresivo de una verdadera subestimación cualitativa, con su evidente repercusión a nivel cuantitativo(366). Veremos después cómo el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha solucionado esta última

(363) Así la *English Law Commission* y la *Scottish Law* que, literalmente, hacen referencia a «*absence of clear principles (...) as to when damages should be awarded and how they should be measured*» (*Damages under the Human Rights Act 1998*, según cita tomada por M. BONA, *Towards...*, cit., p. 654). No obstante, el profesor BONA ha destacado que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ofrece una interesante gama de buenos precedentes, haciendo referencia a que acoge el resarcimiento de «daños mentales», sin que se exija el reconocimiento de una lesión psiquiátrica. Se conceptúa así como daño resarcible el que corresponde a alteraciones emocionales causadas por la violación de los derechos, con inclusión del sentimiento de frustración e injusticia que ha generado la solución adoptada en el Derecho interno (*ibidem*, p. 655).

(364) M. BONA, *Ibidem*, pp. 654-655.

(365) En todo caso, el nivel de protección resarcitoria que proporcionan los diversos ordenamientos nacionales, cuando se aprecia en su seno la violación de algún derecho humano o alguna libertad fundamental, es muy superior al que proporciona el Tribunal de Estrasburgo, sin que éste se haya dejado guiar particularmente en sus soluciones por las pautas concretas localizadas en los Derechos internos de los países afectados.

(366) Se produce así lo que puede de-

nominarsen un pronunciamiento desfalleciente, pues, centrado el Tribunal en la cuestión principal (la declaración de si ha habido violación o no de algún derecho humano), aborda, después, en su caso, la cuestión secundaria (la relativa al resarcimiento del perjuicio causado), haciéndolo ya de forma fugaz y bastante simplificada, como una especie de coletilla de orden menor añadida al pronunciamiento principal. Es un efecto típico de los pronunciamientos que corresponden al ejercicio de acciones acumuladas que se reputan de distinto nivel jerárquico. Tal cosa suele acontecer en nuestro Derecho interno en relación con el enjuiciamiento de los actos administrativos, pues el esfuerzo se concentra en el estudio de la legalidad o ilegalidad del acto (tema principal) y ello determina que la acción resarcitoria que, en su caso, acumule el impugnante, por los daños que se le hayan causado (tema derivado, captado como secundario, más o menos conscientemente), se aborde con menos rigor (*vide* L. MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad...*, cit., pp. 191-193). La bibliografía relativa al estudio doctrinal y jurisprudencial de los derechos humanos, que es muy abundante, suele centrarse, al igual que el propio Tribunal de Estrasburgo, en su definición y en las actuaciones que implican su violación; sin prestar una particular atención a la cuestión resarcitoria.

cuestión, permitiendo la separación del estricto enjuiciamiento de la violación de los derechos y del enjuiciamiento de sus consecuencias resarcitorias(367).

La mayor parte de las jurisdicciones europeas suelen abstenerse de vincular la aplicación de sus reglas de responsabilidad civil con los derechos consagrados en el Convenio Europeo, pero en los últimos años, empiezan a hacerlo cada vez más(368). Es perceptible, en particular, la influencia de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en lo que concierne a la reparación de ciertos perjuicios extrapatrimoniales, pese a que su reconocimiento desborda el marco normativo tradicional de algunos países europeos(369). Así las cosas, parece claro que la jurisprudencia referida no está llamada a ejercer un particular influjo sobre el resarcimiento de aquellos daños que han gozado históricamente de una adecuada tutela aquiliana en los diversos Estados; pero, por contra, está vocada a ejercerla de forma directa y decisiva respecto de aquéllos que tradicionalmente no han sido objeto de consideración. Por eso la jurisprudencia española, cuando encara el resarcimiento de los daños corporales (que se vienen resarcando, incluso desde antes de la codificación y, desde luego, tras ella, pese a su falta de previsión expresa(370)), no se ve precisada a invocar la Constitución nacional ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En cambio, alude a la Convención cuando se enfrenta a «nuevos» daños, como los producidos por contaminación acústica(371).

(367) *Vid. ap. IV, en este Cap.*

(368) M. BONA, *Comparative report...*, cit., pp. 554-555.

(369) Cada vez es más frecuente que los Tribunales italianos, incluido el de Casación, hagan expresa referencia al artículo 8 del Convenio, en cuanto refiere al derecho a la intimidad personal y familiar, figurando como fundamento normativo de las soluciones indemnizatorias establecidas. Al respecto, M. BONA, *Personal injury compensation in Italy*, en AAVV, *Personal Injury... Europe*, cit., pp. 275-339. Sobre el obstáculo legal que dificulta la compensación de daños personales en el Derecho italiano, Cap. VI, ap. III.2. Sobre la conexión en Reino Unido entre la responsabilidad civil y la *Human Rights Act 1998*, P. CREFFIELD, *Whata price a Human life? The applicability of Human Rights to Fatal Accidents*, en AAVV, *Personal Injury... victims*, cit., pp. 450-455.

(370) Dado que el artículo 1106 del Código civil se refiere sólo al daño emergente y al lucro cesante y no menciona el daño personal ni, en concreto, tampoco, el daño corporal.

(371) Expresiva de esta tendencia es la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)

de 29 de abril de 2003. En ella, para justificar la tutela aquiliana frente al ruido, se convalida el criterio al que había acudido la sentencia recurrida, apreciando que los daños se habían producido con violación del artículo 18 de la Constitución (derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio) y del artículo 8.1 del Convenio de Roma, a la luz de la interpretación proporcionada por el Tribunal de Estrasburgo en sentencias de 9 de diciembre de 1994 (*caso López Ostra contra España*) y 2 de octubre de 2001 (*caso Halton et alii contra el Reino Unido*). También la sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2003, invoca el artículo 8.1 del Convenio y de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, declarando que las intromisiones sonoras encajan en el núcleo del derecho a la intimidad y protección del domicilio. Sobre estas sentencias, *vide* J. M. MARTÍN BERNAL, *Comentarios a dos sentencias del Tribunal Supremo sobre el ruido*, Act. jur. Ar., núm. 598, 6 nov. 2003, pp. 1-5. Sobre el tema, en general, L. MARTÍN-RETORTILLO, *La defensa frente al ruido ante el Tribunal Constitucional*, Rev. Adm. Publ., núm. 115, 1988, pp. 205-231; *Los «ruidos evitables»*, R. Ests. Adm. Lo-

En lo que concierne al específico objeto de nuestra investigación, es de resaltar que el Tribunal de Estrasburgo se ha pronunciado reiteradamente sobre el resarcimiento del daño causado por una oportunidad perdida(372); y, al tratarse de un concepto dañoso y resarcitorio carente de arraigo en el Derecho español, la influencia de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo se ha hecho sentir efectivamente, según puede comprobarse en la doctrina del Consejo de Estado, que se estudia después(373).

2.2. *La pérdida de oportunidad en algunos asuntos significativos*

Dado el momento en que interviene el Tribunal, cuando se han agotado los remedios que proporciona la justicia interna, es frecuente que en los asuntos en que se declara la vulneración del artículo 6 del Convenio se planteen hipótesis de pérdida de oportunidad. El demandante ha perdido irremediablemente la posibilidad de un juicio con las garantías impuestas, y el hecho de que el Tribunal declare la existencia de la vulneración no le devuelve esa oportunidad, pues el Estado infractor no está obligado a reintegrar a la víctima en su derecho, promo-

cal, núm. 238, 1988, pp. 1275-1282; *El ruido en la reciente jurisprudencia*, RAP, núm. 125, 1991, pp. 319-342; *El ruido en el informe del Defensor del Pueblo sobre 1994*, R. Ests. Adm. Local, núm. 265, 1995, pp. 85-116; *El ruido de los grandes aeropuertos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en AAVV, *Derecho del Medio Ambiente*, coord. G. Gómez Orfanel, Min. Just., 1995, pp. 115-138.

(372) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ se han hecho eco de esta jurisprudencia en su *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 9ª ed., Thomson/Civitas, Madrid, 2004, p. 383.

(373) En Cap. III, ap. III. En relación con este concreto punto, el TEDH puede proporcionar los elementos con los que el TJCE podría articular las condenas indemnizatorias al Defensor del Pueblo Europeo en concepto de responsabilidad patrimonial. Por el momento, sólo se ha reconocido la posibilidad teórica de esa responsabilidad en varios pronunciamientos recogidos y comentados por COBREROS MENDAZONA (*¿Responsabilidad patrimonial del Defensor del Pueblo?*, RAP, núm. 159, sep.-ag. 2002, pp. 209-220; *El Tribunal...*, cit., pp. 191-199): sentencia Lamberts del Tribunal de Primera Instancia, de 10 de abril de 2002 (T-209/00), confirmada por sentencia del TJ de 23 de marzo de 2004 (C-234/02 P). Tal responsabilidad plantea un problema causal: no será fácil, por lo general,

afirmar que el Defensor del Pueblo Europeo propició el daño porque resultará difícil concluir que, realizándose la mediación que omitió indebidamente, habría evitado el perjuicio. Como ha dicho COBREROS, «[e]sta última cuestión nos lleva directamente a otra consideración como es la de que no se puede olvidar que el daño imputable a la negligente y lesiva actuación del Defensor del Pueblo Europeo en la tramitación de una queja habrá de encuadrarse en la *indebida pérdida de oportunidades «extra-procesales»*; esto es, en que su incorrecta actuación habría impedido llegar a una solución amistosa con la Institución comunitaria afectada, que hubiera podido eliminar o aminorar los perjuicios causados por su correcta administración» (*El Tribunal...*, cit., p. 198). De este modo, el autor se muestra favorable a la doctrina de la *chance*, precisando, además, que la «pérdida de la oportunidad de una solución amistosa (...) no puede hacerse equivaler al daño material directamente infligido por la actuación de la Institución comunitaria que hubiese incurrido en mala administración, sino que habrá de englobar en el ámbito, mucho más difícil de precisar (y, sobre todo, de evaluar económicamente), del *daño moral*» (*idem*). Es ésta una solución que, como dice el autor, se inspira en la doctrina de la pérdida de oportunidad procesal que maneja el TEDH (*ibidem*, nota 27, p. 198).

viendo la repetición del proceso o del procedimiento de que se trate. El Tribunal ha elaborado una doctrina favorable a la utilización del concepto de oportunidad perdida en estos casos. En coherencia con la cabal comprensión de la figura, el TEDH la emplea cuando no puede asegurarse que el demandante habría obtenido un mejor resultado en un proceso tramitado con todas las garantías. No obstante, el Tribunal no suele examinar la concreta consistencia de las probabilidades de éxito de que habría dispuesto la víctima. No efectúa, por tanto, la afirmación entitativa que deriva de la realización de un cálculo del porcentaje de probabilidades de éxito ni, consecuentemente, utiliza con rigor técnico la figura estricta de la *chance*.

El problema es que averiguar si esa inexorable pérdida se refiere a una *chance* en sentido técnico (a una oportunidad real) o, simplemente, a una ilusión o simple quimera exige un esfuerzo dialéctico y probatorio en orden a concretar en qué medida, si no se hubiera producido el *vulnus* del derecho humano, se hubiera producido el resultado apetecido. En ocasiones, el Tribunal ha llevado a cabo esta tarea y ha determinado el grado de probabilidad de que, en ausencia de la vulneración, se hubiera evitado un perjuicio, pero no es lo habitual(374). Esta actitud obedece con toda probabilidad a la carencia de datos con que formar un juicio causal ponderado y a la heterogénea proveniencia de los magistrados, que no han de estar necesariamente familiarizados con el Derecho y la práctica judicial del Estado que debió garantizar un procedimiento justo. Pero es posible que opere también el perjuicio de que, si se intenta averiguar cuál habría sido el resultado del proceso, como si se hubiera respetado el artículo 6 del Convenio, puede producirse una injerencia o intromisión en la soberanía del Estado implicado(375).

Lo que llama la atención es que, pese a la dificultad de acudir a esta

(374) Así lo ha destacado J. SELVADORAY (*Pérdida...*, cit., p. 1408), citando la STEDH de 22 de octubre de 1984, resolutoria del caso *Sramek*. En ella se afirma que el resultado del proceso sería el mismo en el caso de que el proceso se hubiera sustanciado adecuadamente.

(375) Así lo entiende DANNEMANN, *Schadenersatz bei Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1993, p. 280, *apud* J. SELVADORAY (*Pérdida...*, cit., p. 1408). Tal perjuicio carece por completo de justificación. La exigencia de una representación ideal del curso normal del proceso, como si no hubiera mediado la vulneración, no es más que la exigencia de un juicio causal en torno la probabilidad de que el hecho ilícito sea *condicio sine qua non* (*vid.* Cap. IV, ap. III.2.2). Se trata, pues, de una exigencia ligada a la teoría general de la causalidad que no implica intromisión alguna en las

competencias del Estado. Las jurisdiccionales nacionales emplean a veces similares argumentos para eludir la realización del juicio causal en supuestos de responsabilidad de profesionales legales, por falta de interposición de un recurso; o de la Administración, por incurrir en una irregularidad durante la tramitación de un procedimiento administrativo. Se dice que, si se intenta imaginar cuál habría sido el resultado del proceso que no tuvo lugar por la negligencia del abogado o del procurador, se pone en entredicho el valor de la cosa juzgada; o que, si se pretende averiguar cuáles eran las posibilidades con habría contado el interés de acceder a la resolución favorable apetecida, como si la Administración hubiera actuado *secundum ius*, se vulnera el principio de separación de poderes. Una crítica a estos planteamientos en Cap. IV, ap. III.2.3; y Cap. VIII, ap. II.2.1.

técnica y a los prejuicios que en torno a ella pueden subsistir, el Tribunal de Estrasburgo reconoce la existencia de un daño consistente en la pérdida de una oportunidad que es, además, una oportunidad expresamente calificada como real. El TEDH, por su singular *status*, no se considera en condiciones de utilizar con rigor técnico la figura estricta de la *chance*, pero, aunque sólo sea a través de reducidas indemnizaciones calculadas equitativamente, de conformidad con el artículo 41 del Convenio, reconoce el rango resarcible del daño por pérdida de oportunidades reales(376). Se trata de una muy interesante jurisprudencia en la que, no obstante, dejan de aplicarse parámetros racionales de medición, pues se fija una indemnización global, sin que se aclare qué parte corresponde al daño por *chance* frustrada ni se expliciten los motivos para otorgar esa concreta cantidad(377). Pueden reseñarse, en tal sentido, las sentencias de 9 de abril de 1984, resolutoria del caso *Goddi*(378); 12 de febrero de 1985, resolutoria del caso *Collozza*(379); 19 de diciembre de

(376) No obstante, hay veces en que el TEDH deja de indemnizar el daño por la pérdida de oportunidad. Se ha dicho, incluso, que «es difícil, sino imposible, destacar en la jurisprudencia de la Corte europea principios desarrollados por los jueces para evaluar una pérdida de oportunidad» (J. SELVADORAY, *Pérdida...*, cit., p. 1407). Así, en el caso *Perote Pellón contra España*, resuelto por sentencia de 25 de julio de 2002, declara que la constatación de la violación por la autoridad judicial del artículo 6.1 del Convenio (por faltar a la imparcialidad objetiva, al no haberse acogido la recusación de dos magistrados del Tribunal Militar que lo juzgó) proporciona de suyo una satisfacción suficiente por el daño moral causado, lo que supone desconocer las diferencias existentes entre una acción de reintegración –que en el caso queda satisfecha– y una acción resarcitoria –que queda insatisfecha– (cfr. Cap. VIII, ap. III). Pese a que el Tribunal parte de que la satisfacción prevista en el Convenio está llamada a colocar al demandante en una situación equivalente a aquella en la que se encontraría si no hubiera existido el incumplimiento de las exigencias del mencionado precepto y, pese a señalar que, a tal efecto, pueden concederse sumas con apoyo en el artículo 41 del Convenio, no considera apropiado reconocer una compensación por las pérdidas alegadas (79.843,53 € por lucro cesante y gastos familiares por sus desplazamientos a la Prisión Militar de Alcalá de Henares; y 714.309,36 €, por perjuicios morales), pues, según dice, no cabe especular sobre el resultado al que habría llegado el procedimiento si el incumpli-

miento constatado no se hubiera producido. De esta forma, deja de ponderarse el daño por la pérdida de la oportunidad de ser juzgado por un Tribunal compuesto por miembros no contaminados y, por tanto, la oportunidad de que la sentencia recaída hubiera sido de diverso tenor. En esta misma línea se sitúa, por ejemplo, la STDH de 13 de septiembre de 2005 (JUR 2005, 206151), resolutoria del caso *M.B. c. Francia*, que aprecia la violación del artículo 6 del Convenio, pero desestima la reclamación en concepto de *chance*. Se pedía la reparación de un daño moral por la frustración de la posibilidad de acceder a la Casación francesa, donde la sentencia desfavorable podría eventualmente haberse modificado. El Tribunal Europeo consideró que no había daño patrimonial resarcible por la falta de prueba del nexo causal; y que la declaración de la violación del artículo 6 del Convenio proporcionaba suficiente reparación.

(377) Como ha señalado J. SELVADORAY, *Pérdida...*, cit., p. 1407, «no existen, hasta la fecha, criterios fiables que adopte la Corte en la evaluación de la pérdida de oportunidad». Lo deseable sería, a juicio de este autor, que el TEDH evitara pronunciarse de manera global atendiendo a un criterio exclusivamente equitativo y acudiera a peritos que proporcionasen los conocimientos que sus magistrados no dominan y que son necesarios para el enjuiciamiento del caso (p. 1413).

(378) TEDH-57, Bol. Jurispr. const., núm. 49, 1985, mayo, pp. 584-594.

(379) ETDH-69, Bol. Jurispr. const., núm. 59, 1986, marzo, pp. 403-410.

1990, resolutoria del caso *Delta*(380); 10 de julio de 1998, resolutoria de los casos *Tinnelly y McElduff*; y 10 de enero de 2006, resolutoria del asunto *Gruais y Busquet*(381).

En el caso *Goddi*, aunque con una indemnización global, el Tribunal ordena la reparación de dos perjuicios: uno es un daño moral y el otro, que se añade al anterior, es un perjuicio innominado (pues nada se dice sobre su naturaleza y consistencia) que, por deducción, parece ser patrimonial. Ese último es el que se corresponde con la pérdida de oportunidades reales de que, a través de una defensa real y efectiva, se hubiera obtenido en el proceso una defensa mejor.

El demandante había sido condenado el día 5 de junio de 1975 a las penas de un año y seis meses de prisión y multa de 300.000 liras italianas por la comisión de determinados delitos. Apelada la sentencia por él y por el Ministerio Fiscal, el abogado que le había defendido no compareció al nuevo juicio, pese a estar citado. Suspendida la celebración, se le designó un abogado de oficio, dándose la circunstancia de que el condenado había nombrado a otro distinto, sin que se le hubiera citado. Señalado de nuevo el juicio, el condenado fue citado en su domicilio, al igual que el abogado originario y (sólo dos días antes) el nombrado de oficio. Sin embargo, no se citó al abogado que había designado el condenado después. El juicio se celebró sin la asistencia del condenado que, en esa fecha, se encontraba en prisión por otras responsabilidades, siendo defendido por el abogado de oficio, sin que éste tuviera conocimiento de que su patrocinado se hallaba en prisión. Acogido el recurso deducido por el Ministerio Fiscal, las penas se elevaron a cuatro años de prisión y multa de 500.000 liras, más otras penas de tres meses de arresto y multa de 30.000 liras por otros cargos de los que inicialmente había sido absuelto. Interpuesto recurso de casación, en el que el condenado adujo la razón de su ausencia en el juicio de apelación y la falta de citación del letrado designado por él, fue desestimado. Seguidamente, el condenado dedujo demanda contra la República Italiana ante el Tribunal de Estrasburgo, que la acogió declarando que el órgano que resolvió la apelación debió adoptar las medidas oportunas para que el letrado designado de oficio estuviera en condiciones para defender al inculcado, máxime cuando éste no compareció al juicio y no se había citado al letrado que él había designado, violándose así el artículo 6.3.c) del Convenio. El demandante había reclamado 20.000.000 de liras, en concepto de indemnización por sus perjuicios, sosteniendo que, de haber tenido la oportunidad de defenderse adecuadamente, se le habrían impuesto con toda certeza penas inferiores, pero el Tribunal declaró que no podía aceptar afirmación tan categórica, aunque *«posiblemente la solución hubiese sido diferente si el Sr. Goddi hubiese dispuesto de una defensa real y efectiva»*, por lo que *«esa pérdida de oportunidades reales justifica la pretensión de una satisfacción equitativa»*, puntualizando que *«debe añadirse el daño moral que indudablemente sufrió el demandante como consecuencia de la violación»* apreciada. Dado lo anterior y tras indicar que ninguno de los aspectos mencionados del daño producido permitía su cálculo preciso, *«apreciándolos en su globalidad, equitativa-*

(380) Bol. Jurispr. const., núm. 178, 1996, febr., pp. 43-45 (resumida). (381) TEDH 2006/1.

mente, como requiere el artículo 50», condenó al Estado demandado a abonar al demandante 5.000.000 liras, «como satisfacción».

En el caso *Collozza* el Tribunal vuelve a reparar una oportunidad procesal frustrada dejando entrever que esta pérdida constituye un perjuicio patrimonial. Hay que fijarse, de nuevo, en el doble componente del perjuicio resarcido: el causado estrictamente por la pérdida de oportunidades reales, que no se califica, y el perjuicio moral añadido. Hay que concluir que, dada la calificación del segundo perjuicio, la pérdida de *chance* se conceptúa como daño de cariz patrimonial.

El caso corresponde también a una demanda deducida contra la República Italiana. El demandante fue penalmente condenado en rebeldía, sin haber sido localizado en momento alguno a lo largo de la prolongada tramitación del proceso iniciado a virtud de denuncia presentada por la policía en 20 de junio de 1972. El fallo recaído se hizo firme en 16 de enero de 1977 y, dictada orden de detención, el condenado fue localizado unos meses después, concretamente el día 23 de septiembre de 1977. Interpuesto recurso de «apelación tardía»(382), fue rechazado por apreciarse que se había presentado fuera de plazo; y, tramitado recurso de casación, éste fue desestimado, pese a declararse que la alzada había sido indebidamente inadmitida. Formulada demanda ante el Tribunal de Estrasburgo, éste consideró que, durante la sustanciación del procedimiento, no se habían agotado los medios para localizar al acusado y que no podía afirmarse que tuviera conocimiento de la existencia del proceso, ni que, por tanto, renunciara a defenderse. Se añadió que, una vez condenado, el recurrente tenía derecho a ser oído y a que la jurisdicción se pronunciara de nuevo de modo efectivo y que, sin embargo, no se benefició de un nuevo examen de la causa por un tribunal con completa jurisdicción y en su presencia, como componente del derecho a un proceso justo dentro de una sociedad democrática, consagrado en el artículo 6.1 del Convenio. Con aplicación del artículo 50, el Tribunal declaró que tenía que proporcionarse una satisfacción equitativa, teniendo en cuenta que el perjudicado estuvo durante seis años en prisión, hasta que se produjo su muerte, siendo sustituido en el proceso por su viuda. Sentado ello, declaró que no era posible determinar con certeza cuál habría sido la solución del proceso judicial en el caso de no haberse producido la violación apreciada, por lo que estimó razonable concluir que el interesado sufrió una pérdida de oportunidades reales, a lo que hay que añadir un perjuicio moral innegable; y dado que «*esos elementos no se prestan para un cálculo*», los valoró en equidad, de acuerdo con el precepto mencionado y fijó para su viuda una indemnización de 6.000.000 de liras italianas, «*a título de justa satisfacción*», condenándose en este sentido al Estado Italiano.

En el caso *Delta*, lo que interesa, más que el fondo del asunto, que llevó al Tribunal de Estrasburgo a acoger las demandas, es la solución indemnizatoria adoptada por el Tribunal, consistente en reconocer el rango resarcible del daño que supuso la pérdida de una oportunidad real, dado que admite que, de haber sido juzgados los demandantes con

(382) Una especie de recurso de apelación de audiencia en rebeldía o contumacia.

pleno respeto de sus derechos fundamentales, la solución judicial podría haber sido diversa. Una vez más, la sintética expresión del Tribunal permite atisbar el doble componente de los perjuicios resarcidos de acuerdo con el criterio indiscriminado de la globalidad.

El caso corresponde a una demanda deducida contra la República Francesa. El demandante fue condenado por el Tribunal Correccional de París a una pena de tres años de prisión por un robo con violencia realizado en el Metro, basándose, para ello, en el testimonio que un policía de seguridad había tomado de la víctima y de su acompañante. Se dio la circunstancia de que éstas, de 16 años de edad, no fueron oídas durante la tramitación de la causa ni en el juicio, pese a haber sido convocadas como testigos a instancia del Ministerio Público. Recurrida la sentencia por el condenado, el Tribunal de Apelación la confirmó después de rechazar la solicitud deducida por el apelante de que la denunciante y su acompañante fueran citadas. También fue desestimado el recurso de casación interpuesto después contra la sentencia apelatoria. El Tribunal de Estrasburgo razonó que la condena del demandante se había basado exclusivamente en el indicio constituido por las manifestaciones prestadas por aquellas jóvenes ante la policía, sin que la defensa tuviera ocasión de someterlas a contradicción procesal, por lo que concluyó que su enjuiciamiento se había producido con violación del artículo 6.3 b) del Convenio. En el trance de valorar los perjuicios causados, el Tribunal declaró no poder especular sobre cuál habría sido el resultado del procedimiento, si el demandante hubiera gozado de todas las garantías procesales, pero estimó razonable apreciar que había sufrido una pérdida real de oportunidades, por lo que valoró el conjunto de los perjuicios en 100.000 francos franceses.

En los tres casos estamos, según el Tribunal, ante una pérdida de oportunidades reales, pues los demandantes quedaron privados de la oportunidad de obtener en el respectivo proceso un resultado favorable o menos desfavorable del que se produjo; y esa pérdida de oportunidad real y definitiva constituye un daño con rango resarcible. Afirmada así la existencia del daño y reconocido su rango resarcible, el Tribunal acomete la tarea de su valoración. Sus pronunciamientos enfatizan las dificultades existentes para efectuar su cuantificación y señalan que es imposible hacerlo con precisión (al no contar, según debe puntualizarse, con parámetros precisos ni en cuanto al valor de la ventaja frustrada ni en cuanto al grado de probabilidad de que ésta se hubiera obtenido), por lo que acude al remedio (subsidiario, según se desprende de lo dicho) de la satisfacción equitativa, en los términos previstos en el Convenio. Lo que llama la atención es que se apunta que el daño resarcido cuenta con un doble componente, consistente el primero en la estricta pérdida de la oportunidad real y consistente el segundo en el perjuicio moral causado precisamente por esa pérdida, sin que ello se traduzca en una estructuración diversificada de la indemnización que se establece, dado que el Tribunal se atiene al criterio de fijar, sin distingo alguno, una indemnización global. Da así la sensación de que el estricto daño por la oportunidad perdida se reconduce, aunque no se dice expresamente, a

una perjudicialidad de tipo patrimonial, que naturalmente nunca podría coincidir con el valor de la ventaja apetecida; y que a ese perjuicio de signo patrimonial se le une el daño moral que causa precisamente la pérdida de esa oportunidad causada por la vulneración apreciada. Si el daño que se resarce consta de dos componentes distintos y uno de ellos es el moral, parece que el otro es el de signo patrimonial.

La afirmación de este doble componente se encuentra en otras sentencias del Tribunal Europeo. Así, la sentencia de 14 de octubre de 1999, recaída en el *caso Riera Blume et alii*, seguido contra el Estado Español(383), tras señalar que las actoras habían solicitado una indemnización de 30.000.000,- Ptas., en concepto de daño material y moral (por 10 días de detención ilegal realizada por la policía autónoma catalana), hace constar que, efectuada esa petición global (es decir, sin valorar separadamente los dos conceptos aducidos), no se había aportado ningún elemento susceptible de justificar el perjuicio material, por lo que no se reconoce indemnización alguna por tal concepto. En cuanto al perjuicio moral, afirmada su indudable existencia, se valora equitativamente en 250.000,- Ptas. para cada perjudicada. Se viene a afirmar así que el daño patrimonial tiene que ser probado por quien lo aduce (tanto en su existencia, como en su cuantía), mientras que, producida la violación de un derecho fundamental, el daño moral se aprecia *in re ipsa*. Lo llamativo es que, en alguna ocasión, cuando el demandante ha concretado separadamente las indemnizaciones pretendidas, al reclamar una cantidad en concepto de daño emergente, otra en concepto de lucro cesante, otra en concepto de perjuicios morales y otra en concepto de perjuicios de vida familiar, el Tribunal, después de sentar que no se había justificado el importe pretendido por los perjuicios económicos profesionales, resuelve la cuestión mediante la fijación de una indemnización global por daño moral y material. Tal es la solución adoptada en la sentencia de 29 de febrero de 2000, resolutoria del *caso Fuentes Bobo*, seguido contra el Estado Español(384), por determinadas actuaciones laborales realizadas por Televisión Española.

Particular interés ofrece la sentencia de 10 de julio de 1998, resolutoria del *caso Tinnelly* y del *caso McEldulf*, que fueron acumulados, según dice, por corresponder a contextos análogos.

En el primer caso, los hermanos Tinnelly, ciudadanos británicos de Irlanda del Norte, formularon demanda, en su propio nombre y como representantes de una sociedad mercantil de su pertenencia, denunciando que, al ser católicos, habían sido objeto de una discriminación político-religiosa. Alegaban que su condición religiosa fue la causa de que dejaran de obtener la adjudicación de una obra pública en Irlanda del Norte, consistente en la demolición de una central eléctrica y en la eliminación del amianto del edificio de su sede. Señalaban que, pese a ser la suya la mejor oferta, la obra se había adjudicado a la empresa que había presentado la segunda mejor. Deducida queja ante el organismo público encargado de investigar y controlar el mantenimiento de la igualdad de oportunidades en materias de empleos y profesiones, la exclusión se justificó mediante una

(383) Bol. Inform. Min. Just., suplem. núm. 1891, 15 abril 2001, pp. 7 ss.

(384) Bol. Inform. Min. Just., suplem. núm. 1891, 15 abril 2001, pp. 43 ss.

certificación del Ministro para Irlanda del Norte, en la que se hacía constar que se había debido a razones de seguridad nacional, siendo ésta una circunstancia de excepción expresamente prevista en la legislación. Disconformes con esta certificación, que no se les había participado originariamente, acudieron a la autoridad judicial, que se atuvo a la previsión legal de que la certificación constituía una prueba irrefutable, sin verificarse los datos secretos determinantes de la misma. El caso *McElduff* corresponde a la demanda formulada por un conjunto de trabajadores autónomos, también católicos norirlandeses, a los que la empresa contratista de una obra pública ofreció la realización de las labores de carpintería. Los recurrentes no pudieron acometer las obras al no concedérseles la «habilitación de seguridad» exigida legalmente. Deducida queja por entender que esa negativa se debía a una discriminación político-religiosa, fue desatendida, al igual que en el caso anterior, al haber emitido el Ministro para Irlanda del Norte certificación en el mismo sentido que en aquél y al no poderse desmentir. El Tribunal de Estrasburgo estimó que el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte había violado en ambos casos el artículo 6.1 del Convenio, al no proporcionar a los demandantes un tribunal de justicia que resolviera con plena independencia la queja deducida, pero sin pronunciarse respecto a que los demandantes hubieran sido objeto de una discriminación por razones político-religiosas. Acogida en ese sentido las demandas, el Tribunal abordó la cuestión de la reparación de los perjuicios causados y, rechazando la tesis del Gobierno demandado de que el reconocimiento de la señalada violación constituía de por sí una satisfacción equitativa, declaró que no podía especular sobre lo que hubiera sido el resultado del procedimiento entablado por unos y otros demandantes si los certificados del Ministro para Irlanda del Norte no se hubieran emitido. Pero, después, apreció que se les había negado la posibilidad de obtener una decisión sobre el fondo de las quejas deducidas, en cuanto a que hubieran sido víctimas de una discriminación ilegal, por lo que, con invocación de la equidad, les reconoció, en el primer caso, una indemnización por importe de 15.000 libras esterlinas y, en el segundo, una ascendente a 10.000.

No parece muy acertada la expresión a la que acude en este asunto el Tribunal cuando hace referencia a que no puede especular sobre lo que hubiera sido el resultado del procedimiento de queja entablado por los demandantes si los certificados ministeriales no hubieran sido emitidos, pues, a la luz de la descripción de los hechos contenida en la sentencia, parece claro que precisamente los certificados determinaron la concreta discriminación (justificada o no) que llevó a excluir a los demandantes de la contratación. En este orden de ideas, no resulta dificultoso concluir que la aspirante a la adjudicación de las obras demolición y eliminación de amianto habría resultado adjudicataria habida cuenta de que habían presentado la mejor oferta⁽³⁸⁵⁾. Lo que verdaderamente aprecia el Tribunal es la dificultad de determinar si un tribunal independiente que abordara en su plenitud las quejas deducidas hubiera apreciado que la certificación ministerial se correspondía con una verda-

(385) Sobre la apreciación del nexo causal en este tipo de casos, Cap. IX, ap. I.

dera razón legal de discriminación (expresa y válidamente prevista) o constituía un mero pretexto fraudulento y malicioso que pretendía ocultar la discriminación ilegal de la que se quejaban los demandantes. Hecha esta puntualización, es claro que, de haber habido un Tribunal que conociera en su plenitud del fondo de las quejas, podría haberse entendido justificada o no esa evidente discriminación, por considerarla legal o ilegal. De ahí que la inseguridad sobre lo que habría sido el resultado del procedimiento determina que el perjuicio sufrido por los demandantes constituya, simplemente, una oportunidad perdida. Aunque el Tribunal lo cataloga en su fallo como lucro cesante, los razonamientos que justifican su indemnización manejan la idea de la pérdida de la posibilidad de obtener una decisión sobre el fondo del asunto. La ausencia de unos órganos independientes que investigaran la queja, y la resolvieran, constituía ciertamente la circunstancia que impidió la posibilidad de que los demandantes alcanzaran la ventaja final pretendida, consistente en la adjudicación de los contratos pretendidos.

El asunto *Gruais y Busquet*, de 10 de enero de 2006, es un ejemplo reciente de una (no muy rigurosa) aplicación de la teoría de la oportunidad perdida en el que parece catalogarse como daño moral la frustración que supone la imposibilidad de obtener una resolución judicial más favorable como consecuencia del incumplimiento del CEDH. Este asunto es de los pocos en que el Tribunal examina la pérdida de *chance* en el capítulo de los perjuicios personales⁽³⁸⁶⁾.

Un juez de instrucción francés dictó una comisión requisitoria contra los señores Gruais y Bousquet, de ciudadanía francesa, que fueron acusados de cobro ilegal de intereses, falsedad y uso de documentos falsificados, robo y complicidad de estos delitos, estafa y abuso de bienes sociales. Desestimado el recurso interpuesto contra la comisión rogatoria por el Tribunal de Apelación de París, los demandantes presentaron recurso de casación. El Alto Tribunal inadmitió los recursos por extemporáneos. Formalizada demanda de nulidad, el Tribunal dictó sentencia confirmando su criterio de que el recurso de casación se había interpuesto fuera de plazo. El TEDH consideró que la Casación francesa computó el plazo para la interposición del recurso de casación a partir de una fecha equivocada, distinta de la fecha en que los demandantes recibieron la notificación de la sentencia del Tribunal de Apelación. Este error supuso una reducción del tiempo del que habrían dispuesto los demandantes para reaccionar contra dicha sentencia. Tratándose, además, de un plazo particularmente breve (cinco días natura-

(386) Al mismo criterio se atuvo la STEDH de 21 de junio de 1983, resolutoria del caso *Eckle*, al referirse a la pretensión de los demandantes de que se apreciara que, en ausencia de la violación del derecho a una resolución judicial en plazo razonable, hubieran podido realizar sus actividades profesionales con diez años de antelación. Un comentario de esta senten-

cia, resaltando la catalogación que excepcionalmente realiza el Tribunal de la pérdida de oportunidad, en J. SELVADORAY, *Pérdida...*, cit., pp. 1410-1411. Además de este trabajo, pueden encontrarse referencias a otras SSTEDH que invocan la figura de la *chance* en E. COBREROS MENDAZONA, *El Tribunal...*, cit., p. 198, nota 27.

les), su reducción, en este caso de la mitad, *«restringió de manera singularmente rigurosa el plazo real para recurrir»*. En vista de estas consideraciones, el Tribunal consideró que *«a los demandantes se les negó el derecho de acceso a un tribunal en las circunstancias del caso y que el artículo 6.1 del Convenio fue, por tanto, vulnerado»*. En relación con la aplicación del artículo 41 del Convenio, el Gobierno francés consideraba que la constatación de la violación constituiría por sí misma una indemnización justa adecuada. En cambio, cada uno de los demandantes solicitaba 2.000 € *«en concepto de la pérdida de la oportunidad de éxito de su recurso»* y argumentaban que *«sus oportunidades de éxito eran extremadamente serias»*. El Tribunal tuvo a bien conceder esos 2.000 €, *«por el daño moral que la constatación de violación del Convenio que figura en la presente sentencia no bastaría para remediar»*. Se añadía en este sentido que *«la única base a admitir la concesión de una indemnización justa reside, en este caso, en el hecho de que los demandantes no pudieron disfrutar de las garantías del artículo 6»*, sin que se pueda especular sobre cuál habría sido el resultado del proceso en caso contrario.

3. LOS CÓDIGOS EUROPEOS DE CONTRATOS Y RESPONSABILIDAD CIVIL

La doctrina europea ha acogido calurosamente una serie de documentos que, sin fuerza legal alguna, han sido redactados por técnicos y especialistas de muy variada procedencia, la mayor parte profesores universitarios, en el seno de organizaciones dedicadas a promover la armonización o unificación de determinados sectores del Derecho privado europeo. Se trata de textos articulados que, bajo el rótulo de Código o Principios, recogen normas compartidas por los diversos sistemas europeos o establecen reglas que, sin estar aceptadas en cada uno de los Estados, se consideran idóneas como regulación europea del comercio internacional, los contratos o la responsabilidad civil. Resulta muy significativo que tres de estos documentos hagan suya (con mayor o menor claridad) la doctrina de la pérdida de oportunidad: Los «Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales», del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado Europeo; «La Parte General del Código Europeo de Contratos» de la Academia de Jusprivatistas Europeos; y los «Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil», del Grupo Europeo de Responsabilidad Civil.

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT, acrónimo francés), es una organización intergubernamental, integrada por 59 Estados –incluidos todos los de la UE–, que fue constituida en 1940 con el fin de analizar las maneras de armonizar y coordinar el Derecho privado de los Estados o de grupos de Estados; y favorecer las condiciones que permitan una progresiva armonización⁽³⁸⁷⁾. Sus «Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales» (en adelante, Principios UNIDROIT), aprobados en 1994, traen causa del encargo realizado a

(387) El Instituto fue creado en 1926 como órgano auxiliar de la Sociedad de Naciones. Disuelta ésta, fue reconstituido en 1940 en virtud de un acuerdo multilate-

ral. Tiene página Web propia, donde figuran sus Estatutos y amplia información de sus actividades: <http://www.unidroit.org>.

una reducida comisión, compuesta por prestigiosos profesores. Se trata de un texto articulado nacido, no tanto como instrumento preparatorio de un Derecho privado uniformado, sino, como Derecho aplicable en materia de comercio internacional cuando así lo declaren las partes de un contrato; y como herramienta de apoyo, de un lado, de los operadores jurídicos, en la interpretación de textos internacionales y nacionales vigentes y, de otro, de los legisladores nacionales e internacionales, sobre todo en la regulación de relaciones jurídicas nacidas del comercio exterior(388). Los Principios pretenden ser, además, *lex mercatoria*, esto es, el conjunto de principios, usos y costumbres que rigen el comercio internacional.

La Academia de Jusprivatistas Europeos (Academia de Pavía), compuesta de juristas de la UE y de Suiza, fue constituida a iniciativa del comparatista Giuseppe GANDOLFI para la redacción de un «Código Europeo de Contratos» (Proyecto GANDOLFI o Proyecto Pavía), del que se ha aprobado ya su Parte General. Trae causa de un Congreso de profesores de Derecho civil celebrado en Pavía en 1990, donde se concluyó que la unidad de mercado debía estar acompañada de un cuerpo legal europeo de contratos(389). El objetivo es que, a través de la metodología comparada, el Código proporcione un conjunto de reglas o preceptos que puedan ser inmediatamente aplicables(390). El texto no posee carácter oficial, aunque podría considerarse, en cierto modo, «oficilizado» por la Unión Europea en el sentido de que ha sido presentado en organismos de ésta y mencionado en la Comunicación de 11 de julio de 2001, de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeos(391). Así pues, la Parte General, ya publicada, no tiene carácter vinculante, pero cuenta con la intrínseca autoridad de los juristas que la han elaborado(392).

El Grupo Europeo de Responsabilidad Civil (EGTL, siglas del inglés), inicialmente conocido como Grupo de Tilburg, fue fundado en 1992 por Jaap SPIER, profesor de la Universidad de esta ciudad holandesa; y reúne a académicos europeos para el análisis en clave comparativa del Derecho de daños(393). En mayo de 2005, ha dado a conocer sus «Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil», cuyo valor y proceso de elaboración asemejan a los de la Parte General del Código Europeo de Contratos(394).

(388) L. Díez-PICAZO/E. ROCA TRÍAS/A. M. MORALES MORENO, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 80-84. Vide también AAVV, *Comentarios a los principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

(389) G. GARCÍA CANTERO, *La traducción española de la parte general del Código europeo de contratos*, Rev. Jur. Not., núm. 44, 2002, oct.-dic., p. 301.

(390) *Ibidem*, p. 300.

(391) *Ibidem*, p. 299.

(392) *Idem*.

(393) El Grupo tiene página web propia: <http://www.egtl.org>. Se le conoce también como Proyecto SPIER-KOZIOL. El profesor Helmut KOZIOL es el director del Centro Europeo del Derecho de la Respon-

sabilidad Civil y del Seguro que, con sede en Viena, fue fundado en 1999 por el grupo, al que proporciona apoyo logístico (M. MARTÍN CASALS, *Reflexiones sobre la elaboración de unos principios europeos de responsabilidad civil*, en AAVV, *Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Ponencias 2º Congreso Nacional. Granada. noviembre 2002*, Comares, Granada, 2002, pp. 10-11).

(394) Han sido publicados en inglés, con traducción española de MARTÍN CASALS, estudio introductorio de Jaap SPIER y comentarios de las disposiciones de otros de los miembros del grupo: *Principles...*, cit. Sobre los Principios hay un artículo de PANTALEÓN PRIETO: *Principels of European Tort Law: Bases of Liability and Defenses. A critical*

Se trata de un texto articulado elaborado sobre la base de una muy extensa investigación de Derecho comparado con el fin de colaborar en el debate en materia de responsabilidad civil y armonización(395).

Además de estas tres organizaciones, hay, por lo menos, otras dos con objetivos similares. Una es el grupo del profesor danés Ole LANDO, que ha elaborado unos «Principios del Derecho Europeo de Contratos». La parte dedicada a la responsabilidad contractual es muy sucinta, sin que contenga mención alguna a la doctrina de la pérdida de *chance*(396). El profesor VON BAR, de la Universidad de Osnabrück, dirige el otro Grupo, que está redactando un documento con parecidas pretensiones, para el Derecho de la responsabilidad civil extracontractual europeo (*Working Team on Extra-Contractual Obligations of the Study Group on a European Civil Code*). Ha publicado el texto del borrador, de diciembre de 2005(397). En él no se ha incluido mención alguna a la doctrina de la oportunidad perdida(398).

La variada procedencia de los miembros de estas agrupaciones y el énfasis que han hecho en la metodología comparatista empleada convierte sus trabajos en interesantes documentos que, con las debidas precauciones, tienen validez informativa en el sentido de que ofrecen una pauta con que identificar ciertos aspectos compartidos por la totalidad o la mayoría los sistemas europeos. No obstante, es preciso, recalcar que los documentos considerados pretenden promover uniformidad o armonización y que, a tal efecto, han incorporado reglas que no son compartidas necesariamente por todos los Estados. Su elaboración, aunque basada en la comparación, ha consistido en seleccionar medidas con base, no sólo en su grado de aceptación en el panorama europeo, sino también en valores tales como la racionalidad, la armonía, la justicia o la eficiencia. No se está, pues, ante documentos de Derecho comparado en sentido estricto, que quieran exponer, simplemente, los principios que, de hecho, son comunes o compartidos, sin que cuente su grado de racionalidad o corrección técnica(399). Así lo han puesto de manifiesto, refiriéndose a los Principios UNIDROIT y al Proyecto LANDO, Marco BUSSANI y Ugo MATTEI(400), profesores involucrados en

view from outside, Indret, núm. 3/2005, <http://www.indret.com>.

(395) J. SPIER, *Principles...*, cit., p. V.

(396) Vide L. Díez-PICAZO, E. ROCA TRÍAS y A. MORALES, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 80-84).

(397) En <http://www.sgecc.net>

(398) Estas cinco iniciativas parecen inspiradas por los *Restatements* norteamericanos, que desde 1923 viene elaborando el *American Law Institute* para exponer con claridad las reglas y principios que rigen en variados sectores del Derecho; y adaptarlas a las nuevas necesidades sociales. Tampoco estos textos vinculan a los tribunales, aunque, de hecho, es frecuente que se tengan en cuenta. En cualquier caso, aunque los *Restatements*, por lo menos en algún caso, han inspirado a los artífices de los documentos de que tratamos (en relación con

el Proyecto LANDO, L. Díez-PICAZO, E. ROCA TRÍAS y A. MORALES, *Los principios...*, p. 81; y con el Proyecto EGPL, M. MIQUELS CASALS, *Reflexiones...*, cit., pp. 1-22), se parte de la base de que, dadas las todavía numerosas diferencias entre los distintos sistemas europeos, no hay bases sólidas para atribuir a esos textos la significación que en los Estados Unidos tienen los *Restatements* (J. SPIER, *General introduction*, en AAVV, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Sprincher-Wien-NewYork, Horn, 2005, p. 16).

(399) Una visión escéptica de las iniciativas codificadoras europeas, expuesta en gran medida a través de los problemas que suscita la regulación del instituto resarcitorio, en el magnífico artículo de Basil Spyridonos MARKESINIS, *Doscientos años...*, cit., pp. 2-25.

(400) *The Common...*, cit.

el Proyecto CORNELL, cuyo estricto objetivo es proporcionar un mapa meramente informativo de los elementos comunes de los Derechos nacionales en materia de propiedad, contratos y responsabilidad civil(401). En parecido sentido trabaja la Organización Paneuropea de Abogados Especializados en Daño Personal (PEOPIL, siglas del inglés), que, fundada en 1998, promueve la cooperación judicial y el mejor conocimiento de los sistemas europeos en el campo del daño personal. Sin ánimo codificador, ha elaborado dos libros: *Personal Injury Compensation in Europe*(402); y *Personal Injury Compensation in Europe Series: Fatal Accidents & Secondary Victims*(403). Allí figuran informes nacionales elaborados por juristas especializados europeos en torno a cuestiones concretas relacionadas con el daño y la responsabilidad civil. Una de tales cuestiones es, precisamente, la relativa al rango resarcible de la oportunidad perdida.

Los Principios UNIDROIT están teniendo un considerable éxito como instrumento de resolución extrajudicial de conflictos y, como los demás, son manejados por jueces, abogados y, sobre todo, estudiosos, que han analizado sus disposiciones, utilizándolas muchas veces como argumentos *ex abundantia cordis*; y ya se ha resaltado antes la importancia de la doctrina científica en el ámbito de la responsabilidad civil(404). La teoría de la oportunidad perdida está claramente establecida, con indicación expresa de que la indemnización se acomoda a la probabilidad de la realización de la *chance*, en su artículo 7.4.3: «*Certeza del daño. Sólo es reparable el perjuicio que se establece con un grado razonable de certeza, aunque sea futuro. La pérdida de una oportunidad puede ser reparada en la medida de la probabilidad de su realización. El perjuicio cuyo importe no puede determinarse con un grado suficiente de certeza, ha de ser valorado según la discreción del tribunal*»(405).

Con la misma claridad, pero posicionándose, además, a favor de una específica concepción de la oportunidad perdida, se expresa el artículo 163 de la Parte General del Código Europeo de Contratos: «*Daño patrimonial resarcible. 1. El daño patrimonial resarcible comprende: a) Tanto la pérdida sufrida, b) como el lucro cesante, que el acreedor podía razonablemente esperar, según el curso ordinario de las cosas teniendo en cuenta las circunstancias*

(401) Cfr. <http://www.jus.unitn.it/cardoza/Common.core/Insearch.html>.

(402) Dirigido por W. Resch y coordinado por M. Bona y Ph. Mead (Peopil Research Group/Kluwer, Deventer, 2003).

(403) Dirigido por M. Bona, Ph. Mead y S. Lindembergh (XPL Publishing, St. Albans [United Kingdom], 2005).

(404) En la materia de que tratamos, los Principios UNIDROIT han sido utilizados de esta manera, en relación con la doctrina de la pérdida de oportunidad, por la profesora de la Universidad Autónoma de Madrid M. Carmen CRESPO MORA, *La responsabilidad...*, cit., p. 391. A su vez, constituyen

la única referencia de Derecho positivo que utiliza C. MÜLLER (*La perte...*, cit., pp. 177-178) para su construcción dogmática de la figura en el Derecho suizo.

(405) Un tribunal arbitral se ha basado en este precepto para reparar en concepto de pérdida de oportunidad en Argelia, pese que el Código Civil argelino no contiene disposición alguna en la materia. Se trata del laudo del caso 8264 publicado en *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, vol. 10, núm. 2, 1999, pp. 62 ss.; y comentado por C. MÜLLER, *La perte...*, cit., p. 178.

particulares y las medidas que haya adoptado. Forma parte del lucro cesante la pérdida de oportunidad de ganancia que puede considerarse –con certeza razonable– ocasionada y que debe evaluarse en función del momento del incumplimiento o de la mora. (...)»(406). Al señalar que la pérdida de oportunidad forma parte del lucro cesante, la disposición da a entender que el daño en que consiste no es de carácter emergente (la pérdida en sí de la posibilidad) sino el daño final respecto del cual no se alcanza el grado de certeza que es preciso para repararlo íntegramente(407).

Para la responsabilidad extracontractual, los Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil han establecido un artículo, menos claro que los anteriores, que, sin mencionar expresamente la doctrina de la oportunidad perdida, contiene elementos propios de ella, en particular, la reducción de la indemnización atendiendo a la medida de la probabilidad de que el agente no causara el daño. Se trata del artículo 3:106: «*Causas inciertas en la esfera de la víctima. La víctima tiene que cargar con la pérdida sufrida en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber sido causada por una actividad, acontecimiento o cualquier otra circunstancia perteneciente a su propia esfera*»(408). El artículo viene acompañado de un comentario del Director del Proyecto, el profesor holandés Jaap SPIER, que aclara que su tenor tiene que ver con causas *potenciales* pertenecientes a la esfera de la víctima; y se basa, en parte, en el concepto de pérdida de oportunidad (*perte d'une chance*)(409). Advierte, además, que el Grupo ha preferido no expresar un punto de vista en cuanto a si, conforme al artículo 3:106, cabe aplicar la doctrina de la *chance* porque, aunque la mayoría de sus miembros se ha mostrado cautelosamente favorable, no se ha logrado consenso en este punto(410). No obstante, dice SPIER, no puede desconocerse que los Principios se basan parcialmente en una responsabilidad proporcional, que, en determinados casos, es vista, no como la solución ideal, pero sí como la mejor de las posibles(411). Puede ser que en la elaboración del precepto y la decisión del Grupo de no pronunciarse en torno a si cabe aplicar con base en él la teoría de la *chance* haya pesado la posición de Francesco Donato BUSNELLI, uno de los nueve miembros de la Comisión que redactó el borrador sobre el que se ha aprobado el texto definitivo(412). El profe-

(406) La traducción del original francés es de M. T. ALONSO PÉREZ, (G. GARCÍA CANTERO, *La traducción...*, cit., p. 384).

(407) Se adopta así la teoría de la identificación parcial o causalidad probabilística que se analiza en el Capítulo VII.

(408) La traducción del original inglés es de MARTÍN CASALS, *Spanish Translation*, cit., pp. 268.

(409) *Principles...*, cit., p. 57.

(410) *Idem*.

(411) *Idem*. Se refiere a los preceptos que recogen el principio de indemnización proporcional para hipótesis de culpa de la

víctima (8:101), concurso de causas (3:102; 3:105; 9:101; 9:102) y responsabilidad colectiva (3:103), a los que nos hemos referido en los apartados 3.2.1, 3.2.2 y 3.2.4.

(412) Los otros miembros fueron los profesores: Bernhard A. KOCH (Viena y Graz), Helmut KOZIOL (Viena), Ulrico MAGNUS (Hamburgo), Miquel MARTÍN CASALS (Gerona), Olivier MORÉTAU (Lyón), W. V. Horton ROGERS (Leeds), Jaap SPIERS (La Haya y Maastricht) y Pierre WIDMER (Lausana). Tomo los datos de J. SPIER, *General introduction*, cit., p. 14.

sor sostuvo hace tiempo que la *perdita di chance* no es resarcible(413); y es de los pocos autores italianos que, en la actualidad, sigue adscrito a tal postura(414). Es uno de los más fervientes críticos de la figura y la jurisprudencia italiana que la invoca. Según él, la oportunidad es una invención «*made in France*»(415) que es, en unos casos, puramente inútil y, en otros, distorsionante y, en todo caso, de fisionomía indescifrable, llegando así a la conclusión de que la *chance*, caracterizada por sus contornos ambiguos y evanescentes, constituye una «(pseudo) categoría normativamente inexistente»(416).

IV. La recepción interamericana de la doctrina de la pérdida de oportunidad

1. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1.1. Las «Sentencias de reparaciones»

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una «Institucional judicial autónoma» que aplica e interpreta la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) –suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y vigente desde su ratificación el 18 de julio de 1978 por once Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA)– y otros Tratados de derechos humanos. Constituye, junto con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el pilar del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, inspirado en el modelo del Consejo de Europa(417).

La Corte cumple funciones consultivas y jurisdiccionales. Estas últimas se concretan en el enjuiciamiento de las causas por violación de la Convención de San José que se le sometan, siempre que los Estados parte implicados hayan reconocido esta competencia(418). De acuerdo

(413) *Perdita di una «chance» e risarcimento del danno*, nota S. Tr. Apel. París, 6-3-1994, Foro it., 1965/4, cc. 47-52.

(414) *Lesione di interessi legittimi: dal «muro di sbarramento» alla «rete di contenimento»* Dan. Resp., núm. 3/1997, pp. 269-272; *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il «muro» degli interessi legittimi*, Riv. dir. civ., 2000, pp. 335-354. Como ha puesto de relieve el profesor CARANTA (*Attività amministrativa ed illecito aquiliano. La responsabilità della pubblica amministrazione dopo la legge 21 luglio 2000, n. 205*, Giuffrè, Milano, 2001, nota 99 pie p. 132) F. D. BUSNELLI es uno de los más convencidos críticos de la teoría de la responsabilidad civil por pérdida de chance dentro de la doctrina italiana.

(415) *Dopo...*, cit., p. 346.

(416) *Idem*.

(417) Sobre el tema, H. FIX-ZAMUDIO, *El Derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, R. Latinoamericana Der., 2004/1, en.-feb., pp. 141-180.

(418) Los particulares carecen de legitimación para demandar a un Estado por la violación de la Convención de San José, pero pueden elevar sus reclamaciones a la Comisión Interamericana, que las instruye y formaliza, en su caso, la demanda ante la Corte; y pueden personarse en el procedimiento. Cfr. H. FIX-ZAMUDIO, *El Derecho...*, cit., pp. 160 ss.

con el artículo 63.1 CIDH, la Corte debe ordenar, cuando sea procedente, que «se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada».

Es habitual que la apreciación de la vulneración y la determinación de las indemnizaciones se realicen en pronunciamientos separados: la «sentencia de fondo» y la «sentencia de reparaciones»(419). Este doble enjuiciamiento explica, en parte, la alta calidad de las soluciones indemnizatorias que se adoptan(420). Frente a la técnica de la reparación *equitativa y global* que emplea el TEDH, cuando no considera que la constatación de la violación del derecho humano constituye por sí una reparación suficiente, la jurisprudencia interamericana ha enunciado con toda claridad los principios de reparación *íntegra y vertebrada*, con nítida separación de los capítulos de daños personales y de perjuicios económicos (y, dentro de éstos, de los de daño emergente y lucro cesante) y expreso rechazo de la doctrina de la virtualidad satisfactiva de la declaración de la vulneración. Habida cuenta del extraordinario valor que muchas de las Constituciones de los Estados parte atribuyen al CIDH(421), hay que reconocer que la Corte Interamericana está aprovechando, más que el Tribunal Europeo, su posición de privilegio para consolidar las líneas fundamentales de un *ius commune* de la responsabilidad civil en su área territorial de influencia.

1.2. La pérdida de oportunidad en algunos asuntos significativos

La Corte Interamericana ha dispuesto de pocas oportunidades para pronunciarse sobre la doctrina de la *chance*, aunque, según se ha dicho, habrá de tener más en el futuro, si su jurisprudencia, al igual que la del Tribunal Europeo, acaba ocupándose prevalentemente de violaciones de

(419) Un estudio de algunas de las del primer tipo en A. SALADO OSUNA, *Las sentencias de fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos peruanos*, R. IIDH, vol. 37, 2003, pp. 136-215.

(420) La base legal de este mecanismo se halla hoy en el artículo 56.1 del Reglamento que la Corte aprobó en noviembre de 2000: «Sentencia de reparaciones I. Cuando en la sentencia de fondo no se hubiere decidido específicamente sobre reparaciones, la Corte fijará la oportunidad para su posterior decisión y determinará el procedimiento».

(421) Me refiero a los textos constitucionales que atribuyen a los tratados y documentos internacionales en materia de derechos humanos una jerarquía constitucional (Perú, 1979, art. 105; Venezuela, 1999, art. 23; Guatemala 1985, modificada en 1999, art. 46; Colombia, 1991, art. 93; Argentina, 1994, art. 75.22) o, en línea con

los Derechos portugués y español, el valor de parámetro interpretativo de los preceptos establecidos en la Carta Magna (Perú, 1993 –derogada–, DT 4ª). Vid. C. M. AYALA CORAO, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, en AAVV, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memorias del VII Congreso Internacional de Derecho Constitucional*, coord. R. Méndez Silva, Univ. Nac. Autom. Méx., México D. F., 2002, pp. 36-90; S. CASTAÑEDA OTSU, *El principio de interpretación conforme a los tratados de derechos humanos y su importancia en la defensa de los consagrados en la Constitución*, en AAVV, *Derecho Internacional...*, cit., pp. 211-333; P. L. MANILI, *La recepción del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho Constitucional iberoamericano*, en AAVV, *Derecho Internacional...*, cit., pp. 371-410.

derechos procesales, pues éstas propician frecuentemente la frustración de una posibilidad real de que la resolución judicial recaída hubiera sido ventajosa o menos desfavorable(422). No obstante, hay un pronunciamiento en que la Corte pudo hacer uso de la teoría en lugar de reconocer el derecho a la indemnización total de un lucro cesante sobre cuya ligazón causal con el hecho ilícito había, a mi juicio, serias dudas: la Sentencia de reparaciones de 19 de septiembre de 1996, recaída en el caso *Neira Alegría/Zenteno Escobar/Zenteno Escobar c. la República del Perú*(423). Hay, además, otro pronunciamiento que se ocupa del daño por pérdida de oportunidad, sin reconocer en el caso su rango resarcible, pero, no por un rechazo de la teoría, sino por la ausencia de las condiciones exigidas para el libramiento de la correspondiente indemnización: la Sentencia de reparaciones de 27 de noviembre de 1998, resolutoria del caso *Castillo Páez c. República del Perú*.

El supuesto de hecho enjuiciado en la primera sentencia tiene su origen en el motín producido el 18 de junio de 1986 en un establecimiento penitenciario del Perú. El Gobierno encomendó a las Fuerzas Armadas el control de la situación. En esa fecha se encontraban reclusos en aquel centro, en calidad de procesados como presuntos autores de un delito de terrorismo, Víctor Neira Alegría, Edgar Zenteno Escobar y William Zenteno Escobar, quienes, con ocasión de la intervención militar, desaparecieron, sin volverse a tener la más mínima noticia de ellos. Mediante demanda de 10 de octubre de 1990, la Comisión Interamericana de Derecho Humanos sometió el caso a la Corte, que lo resolvió mediante sentencia de 19 de enero de 1995, declarando que Perú había violado el derecho a la vida de los tres reclusos, así como su derecho de *hábeas corpus*. La República peruana quedó obligada a abonar a los familiares de las víctimas una justa indemnización compensatoria, a fijar de común acuerdo con la Comisión, en el plazo de seis meses. Transcurrido dicho plazo sin que se hubiera llegado a un acuerdo, la Comisión solicitó de la Corte que tramitara el procedimiento correspondiente a la fijación de las reparaciones, con determinación de las personas perjudicadas y la indemnización compensatoria pertinente para cada una de ellas.

El desaparecido Víctor Neira Alegría había dejado esposa y tres hijos menores; el desaparecido William Zenteno Escobar, había dejado cónyuge y tres hijas; y el desaparecido Edgar Zenteno Escobar, que era soltero y no tenía hijos, dejó padres. La indemnización que fijó el Tribunal se desglosa en tres partidas, constituidas, la primera por el daño emergente, la segunda por el lucro cesante y la tercera por el daño moral; y, a tal efecto, explica la consistencia de las mismas. Señala que el *lucro cesante* está constituido por el ingreso que los familiares dependientes de los desaparecidos podrían haber percibido de la víctima, proponiendo la Comisión que se ponderara, de un lado, el salario mínimo vigente en la fecha en que se produjeron los

(422) En este sentido, J. SELVADORAY (*Pérdida...*, cit., p. 1406), quien considera que es preciso que la Corte tenga en cuenta este perjuicio en la fase de reparaciones (p. 1404).

(423) Todas las SSCIDH están publicadas en la página web oficial de la Corte: <http://www.corteidh.or.cr/>.

hechos, con los correspondientes ajustes de actualización y la expectativa de vida en el Perú, que alcanza los 67 años. Interesa registrar que el Gobierno peruano se opuso en concreto a esta partida invocando «la probabilidad de que, de continuar con vida, las víctimas hubieran sido condenadas a muchos años de prisión por delito de terrorismo», lo que naturalmente les impediría dedicarse a trabajo alguno y, por tanto, proporcionar sus ingresos a los familiares. El *daño emergente*, según aclara la sentencia, se corresponde con el conjunto de gastos que los familiares sobrevivientes de las víctimas desaparecidas tuvieron que afrontar como consecuencia de las gestiones administrativas y judiciales realizadas a partir de la desaparición, con inclusión de los gastos de asistencia jurídica y, en particular, de los múltiples viajes realizados a la ciudad de Lima. A su vez, se establece que el *daño moral* se concreta en el sufrimiento sufrido por los familiares de las víctimas como consecuencia de su muerte, habida cuenta de la forma «violenta y despiadada» en la que las tres murieron por efecto de la acción de agentes del Estado Peruano.

El Tribunal parte de que la *restitutio in integrum* en el caso de violación del derecho a la vida exige la búsqueda de fórmulas sustitutivas de reparación a favor de los familiares y dependientes de las víctimas mediante la fijación de una indemnización pecuniaria. En relación con *el lucro cesante*, acudió a un actuario para recibir el correspondiente asesoramiento. Resolvió que tenía que fijar la correspondiente partida indemnizatoria, al rechazar el argumento desplegado por el Gobierno. Se señala que es preciso aplicar el principio general de la presunción de inocencia y no resolver el caso como si los lesionados hubieran sido condenados como autores de delito de terrorismo con la imposición de las largas penas privativas de libertad que hubieran impedido la obtención de ingresos laborales con los que socorrer a sus familiares. En lo que refiere al daño material o *daño emergente*, la Corte fijó para cada una de las familias la suma de 2.000 US\$ como compensación por los gastos incurridos con ocasión de las gestiones realizadas. Al carecer de datos concretos en torno a esos gastos, se fijó la suma según un criterio equitativo. En lo concerniente al *daño moral*, la sentencia se hace eco de que el TEDH entiende a veces que la sentencia de condena constituye *per se* una indemnización bastante del daño moral producido. Se acepta este criterio con la importante puntualización de que la reparación que proporciona la declaración de la vulneración se reputa insuficiente. Es preciso, según se dice, atender a la específica gravedad de la violación del derecho a la vida y al sufrimiento moral causado a las víctimas y a sus familiares mediante una concreta indemnización fijada con arreglo a criterios de equidad. Sobre esta base, se fijó la suma de 20.000 US\$ para cada una de las familias.

En lo que concierne al lucro cesante, el Tribunal se ocupa, por lo pronto, de destacar que la propuesta formulada por la Comisión incurre en el defecto de no ponderar reductoramente los gastos personales correspondientes al propio consumo de los desaparecidos. A juicio de la Corte, el importe de esos gastos tiene que deducirse necesariamente del calculado de sus ingresos. Atendiendo a la real situación económica y social latinoamericana, se cifraron en 125 US\$ el ingreso mensual probable que las víctimas habrían obtenido y en 1/4 de esta cantidad los gastos personales que habría efectuado la víctima. Sobre esta base, se calculó el volumen total de

ingresos de cada perjudicado y se realizó la deducción del 25%. De este modo, se concretó en 26.872,48 US\$ la indemnización para la familia de Víctor Neira Alegría; en 31.065,88 US\$ la indemnización para la familia de William Zenteno Escobar, en 30.102,38 US\$ la indemnización para la familia de Edgar Zenteno Escobar.

Establecido el importe de las tres partidas señaladas, la Corte realizó una serie de precisiones en orden a la adjudicación concreta de dichas sumas a cada uno de los perjudicados. Dispuso, en primer lugar, que 1/3 de la indemnización del daño material corresponde a la esposa de cada fallecido; y 2/3, a los hijos distribuyéndose entre éstos a partes iguales la cantidad resultante. Estableció, en segundo lugar, que 1/4 de la compensación por daño moral correspondía a la esposa; 1/4 a cada hijo; y 1/4 a los padres. Se señaló, en tercer lugar, que, en defecto de esposa, la suma correspondiente a sus daños materiales, debía adjudicarse a los padres del fallecido; y que, en lo que refiere al daño moral, si no hubiera esposa, la suma adjudicada a ella acrecería a favor de los hijos. En cuarto lugar, se concreta que, en caso de faltar los padres, la porción de indemnización atribuida a ellos se adjudicaría a los hijos, y que, caso de vivir sólo uno, éste recibiría el total de la cuota correspondiente.

En el caso *Neira Alegría* hay que destacar que la Corte se atiene a los dos principios fundamentales relativos a la reparación de los daños, pues invoca el principio de la reparación íntegra y se atiene a la vertebración de las partidas indemnizatorias(424). En relación con el lucro cesante, llama particularmente la atención la meticulosidad de su tratamiento(425). No obstante, no puede entenderse que fuera irrazonable el planteamiento defensivo que efectuaba el Gobierno de Perú, en cuanto a que, presumiblemente, los desaparecidos habrían sido condenados como autores de un delito de terrorismo. Las condenas habrían impli-

(424) Es de resaltar que, aunque inicialmente la fijación de las indemnizaciones por las tres partidas señaladas se hace en términos familiares, el Tribunal procede, de acuerdo con la doctrina del perjuicio propio, a individualizar esas partidas mediante la adjudicación de una concreta cantidad a cada uno de los perjudicados. Llama la atención, finalmente, que el Tribunal se atenga a un criterio de acrecimiento respecto de la cantidad asignada a los padres del fallecido, para señalar que, en defecto de uno, la cantidad total prevista para los dos se adjudique al superviviente. Se trata de un criterio que en España ha asumido la Sala 2ª del Tribunal Supremo en sentencia de 5 de marzo de 2003, al interpretar las reglas de la primera parte del grupo IV de la tabla I del sistema legal valorativo de la Ley 30/1995. Por otra parte, la estructura de las indemnizaciones que establece la sentencia interamericana y la solución correspondiente a la distribu-

ción de las cuotas individualizadas entre los parientes del fallecido ya había sido adoptada por la Corte en la sentencia de 5 de febrero de 1997, resolutoria de las reparaciones atinentes al caso *Aloeboetoe/Aloeboetoe/Banai/Tiopo/Adame c La República de Surinam*.

(425) Es destacable el modo en que se procede a cuantificar el lucro cesante causado por la muerte, acudiendo a parámetros razonables para fijar los presuntos ingresos de las víctimas y a un elemental y razonable parámetro de disminución constituido por la que se denomina *quota sibi*. Tal deducción es necesaria habida cuenta de que el lucro cesante que se resarce es, no el que padece la víctima como consecuencia de su muerte, sino el que padecen los familiares próximos a ella, al haber quedado privados del socorro económico que les habría proporcionado de no haber muerto.

cado la imposición de unas penas privativas de libertad de larga duración, de modo que, debiendo permanecer reclusos en el establecimiento penitenciario durante mucho tiempo, no podría sostenerse que, al producirse su muerte, dejaran sus familiares de beneficiarse de las erogaciones económicas que ellos pudieron proporcionarles. El Tribunal invoca el principio de presunción de inocencia, pero lo correcto hubiera sido, a mi modo de ver, examinar la concurrencia del nexo causal a través de un juicio hipotético *ex post* encaminado a averiguar qué habría ocurrido en ausencia de la vulneración(426). Conforme a este principio elemental, debió calcularse el grado de probabilidad de que el Tribunal peruano correspondiente hubiera condenado penalmente por delitos de terrorismo a los perjudicados, de no haber fallecido como consecuencia del intolerable atentado perpetrado por las Fuerzas Armadas. Si tales condenas fueran altamente probables, como sostuvo el Gobierno del Perú, no procedería reparación alguna en concepto de lucro cesante, pues habría que tener por cierto que las víctimas habrían sido encarceladas y que, por tanto, no habrían podido obtener las ganancias de las que, en parte, se hubieran beneficiado sus familiares. Si fueran escasamente probables, el criterio positivo del Tribunal habría sido acertado. Si fueran simplemente serias o considerables, podría aplicarse la teoría de la pérdida de oportunidad bajo el entendimiento de que la privación de la vida de los fallecidos supuso para los familiares el sacrificio de una posibilidad de ganancia.

Aunque en este asunto la Corte Interamericana no maneja la teoría de la pérdida de oportunidad, la emplea en el caso *Castillo Páez*, que,

(426) Cuando, con el fin de averiguar si el hecho ilícito y el daño padecido están ligados causalmente se realiza el juicio pronóstico en torno al resultado de un proceso penal, no se pone en entredicho el principio de presunción de inocencia. Es sólo un ejercicio perfectamente consecuente con la teoría general de la causalidad con el que determinar si la inobtención de unas ganancias puede imputarse al demandado (*vid.* Cap. IV, ap. III.2.2). No puede admitirse, por tanto, que se aprecie que la pérdida ganancias debe repararse en virtud del principio de presunción de inocencia sin examinar, en concreto, si la víctima hubiera obtenido realmente esas cantidades porque sea altamente probable que hubiera sido absuelta de los delitos de los que se le acusaba. Tal planteamiento es tan reprochable como los que a veces se emplean en sentido contrario en supuestos de responsabilidad civil de abogados o procuradores y de la Administración. Me re-

fiero a la postura que, para rechazar la indemnización de las ganancias que habrían derivado de la obtención de una sentencia o una resolución favorable, se apoya en el valor de la cosa juzgada o en el principio de separación de poderes, como si prohibieran la reproducción ideal del curso normal de los procedimientos a efectos de la determinación del nexo causal. Me refiero también a la idea que a veces parece latir en la jurisprudencia de Estrasburgo de que, en supuestos de violación de derechos procesales, no puede examinarse cuál habría sido el resultado probable de un procedimiento tramitado con todas las garantías porque de lo contrario se produciría una intromisión en competencias que son propias de los tribunales del Estado implicado. A estas posiciones me he referido ya, críticamente, en este Capítulo (ap. III.2.2, nota). Se analizan con cierto detenimiento en Cap. IV, ap. III.2.3; y Cap. VIII, ap. II.2.1.

según se ha dicho, aporta un criterio que contribuirá, en su hora, a consolidarla(427).

El 21 de octubre de 1990, Ernesto Castillo Páez fue detenido por agentes de la Policía General. Según testigos presenciales, los agentes lo despojaron de sus gafas, lo golpearon y lo introdujeron en el maletero de un vehículo de la policía que partió con destino desconocido. Sus padres y hermana, después de realizar inútilmente toda suerte de gestiones ante las autoridades peruanas para localizarlo, obtuvieron refugio político y asilo humanitario en Holanda, subsistiendo con los recursos que le suministra el sistema holandés de Seguridad Social. Mediante sentencia de 3 de noviembre de 1997, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró que, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Estado del Perú violó, en perjuicio de Ernesto Castillo Páez, el derecho a la libertad personal (art. 7), el derecho a la integridad personal (art. 5), el derecho a la vida (art. 4) y el derecho a un recurso efectivo ante los Tribunales Nacionales competentes (art. 25); y que dicho Estado estaba obligado a reparar las consecuencias de las violaciones apreciadas y a indemnizar a los familiares de la víctima.

Tras esta sentencia de fondo, se abrió el procedimiento de reparación en el que comparecieron los padres y la hermana del desaparecido, siendo resuelto por sentencia de 27 de noviembre de 1998. En ella se afirma que «*al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge la responsabilidad internacional de éste*» y que la calidad y monto del consecuente deber de reparación dependen del daño ocasionado tanto en el plano material como en el moral. Se declaró probado que, en el momento de su desaparición, la víctima tenía 22 años, vivía con sus padres y hermana, era profesor de matemáticas en un Instituto (con un salario mensual de 30\$ norteamericanos) y cursaba estudios de Sociología; que en 1990, la expectativa de vida en Perú de un varón de 22 años era de 71 años; y que la remuneración mínima vital de un trabajador privado en Perú era a finales de 1997 de 130,18\$ mensuales, con dos gratificaciones al año.

Los familiares de la víctima reclamaron, bajo el concepto de daño material, 687.132\$ por lucro cesante consistente en la pérdida de ingresos de la víctima durante 3 años como profesor de matemáticas y durante 42 años como sociólogo, con deducción del 25% de la cantidad resultante en concepto de gastos personales; 56.300\$ por daño emergente, comprensivo de los gastos afrontados con ocasión de las gestiones realizadas y exilio de la familia a Europa; y 200.000\$ por el daño patrimonial causado al núcleo familiar, por la quiebra de la actividad comercial del padre y venta de la vivienda familiar a un bajo precio por razones de necesidad. Reclamaron, bajo el concepto de daño moral, 500.000\$.

La Corte fijó en concepto de lucro cesante la cantidad de 35.021,80\$, partiendo del salario que con sus gratificaciones obtenía al año el desaparecido y multiplicando dicha cantidad por los 49 años que corresponden al período comprendido entre la edad que tenía la víctima y el término de su expectativa de vida, con el descuento del 25% por gastos personales y el añadido de los intereses corrientes. Se hizo constar que, respecto de la

(427) S. RAMÍREZ GARCÍA, *Algunos criterios recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Cuadernos Constitucionales, 1999/1, jul.-dic., p. 146.

posibilidad de que la reparación integral comprendiera el reconocimiento de la «*chance cierta*» de mejora de los futuros ingresos de la víctima, «*debe estimarse a partir de un perjuicio cierto con suficiente fundamento para determinar la probable realización de dicho perjuicio*» y que «*en las circunstancias del presente caso, no existen pruebas suficientes para asegurar la pérdida de oportunidad en los términos solicitados*». Por el daño emergente, comprensivo de los gastos señalados, se reconoció la suma de 25.000\$; y por el daño patrimonial del núcleo familiar, la suma de 25.000\$. Respecto del daño moral, tras hacerse eco de que otros Tribunales Internacionales (en concreto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) han acordado que la sentencia de condena constituye *per se* una indemnización suficiente del daño moral, la Corte señala que ello no sucede cuando el sufrimiento moral causado sólo puede ser reparado, por vía sustitutiva, mediante una indemnización pecuniaria que se ha de fijar mediante una apreciación prudente conforme a la equidad. Sentado ello, se afirma que el daño moral sufrido por la víctima no tiene que ser demostrado por resultar evidente de los propios hechos (detención ilegal, trato cruel, desaparición y muerte), debiendo adjudicarse la indemnización que correspondía a la víctima de acuerdo con los principios sucesorios. A su vez, se dice que el daño moral de los padres de la víctima se presume, porque el sufrimiento y dolor por el suplicio y la muerte de un hijo son propios de la naturaleza humana. En cambio, se considera que el daño moral de la hermana debía acreditarse, como de hecho ocurrió, pues su existencia podía desprenderse del dato de que convivía con su hermano, sufriendo en carne propia todos los avatares de la incertidumbre y dolor de la situación, habiendo quedado incluso sometida a tratamiento psicológico y teniendo que refugiarse en Europa. De acuerdo con esto se reconocieron: 30.000\$ por el daño moral de la víctima, a distribuir entre los padres y hermana por partes iguales; 50.000\$ a los padres por sus perjuicios morales directos; y 30.000\$ a su hermana, también por sus perjuicios morales directos. Finalmente se acordó que el Estado del Perú debía investigar los hechos del caso, identificar y sancionar a sus responsables y adoptar las disposiciones necesarias en su Derecho interno para asegurar el cumplimiento de esta obligación.

La sentencia maneja el concepto de «*chance cierta*», entendida como posibilidad razonable de obtener una ventaja o evitar un perjuicio. La Corte se plantea si el desaparecido perdió la oportunidad de convertirse en sociólogo y desempeñar como tal una actividad profesional, con el correspondiente incremento de sus ingresos laborales. En términos algo confusos, la Corte estima que las probabilidades de que la víctima accediera a esos ingresos eran nulas o despreciables, y, aunque no explicita claramente por qué, pudo pesar el dato alegado por el Gobierno del Perú de que la víctima había obtenido malas calificaciones durante sus inacabados estudios universitarios. Pero es que, a mi modo de ver, aunque esas probabilidades fueran serias y reales, tampoco cabía, en principio, aplicar la teoría de la oportunidad perdida.

En España, lo normal es que los padres proporcionen auxilio económico a sus hijos, y no al revés. Por eso, no puede apreciarse, en principio, que la muerte de un hijo propicia la pérdida de la ayuda que éste habría

proporcionado a sus progenitores o la pérdida de una posibilidad real de obtenerla(428). En el caso, la familia a la que pertenecía la víctima peruana disfrutaba, según parece desprenderse del relato fáctico de la sentencia, de un poder adquisitivo medio o alto. Por eso parece que la probabilidad de que, en ausencia de la vulneración, los padres hubieran obtenido un apoyo financiero de su hijo es muy baja, sin que quepa, por tanto, reconocer una indemnización por lucro cesante o pérdida de *chance*. Parece, pues, que el tema del daño por la oportunidad perdida no debió rechazarse por la razón que aduce la Corte, sino por una razón previa consistente en la radical inexistencia de un perjuicio patrimonial propio. Sólo sería computable el lucro cesante que el desaparecido hubiera padecido desde el momento de su detención hasta la fecha desconocida de su muerte, si hubiera tenido una suficiente duración como para imputar la ganancia dejada de obtener mientras vivía.

Por el mismo motivo, no debió resarcirse, según parece, el lucro que habría obtenido la víctima, si hubiera podido seguir desenvolviéndose como profesor de instituto. La Corte calcula lo que el desaparecido hubiera ganado de por vida como profesor de matemáticas, que era la ocupación productiva que tenía en el momento de ser detenido; y descuenta la parte que hubiera empleado como gastos personales. Este criterio es pertinente en supuestos como el del asunto *Neira Alegría*, en que las víctimas dejan hijos y/o esposos, esto es, sujetos dependientes que habrían podido beneficiarse del lucro inobtenido. Pero si los familiares eran independientes (padres y hermanos), lo razonable, en principio, es presumir que el hecho ilícito no les supuso la pérdida de una parte de aquellas ganancias(429). Además, puestos a presumir en este caso que la víctima habría ayudado a sus progenitores, debió calcularse el volumen de ingresos atendiendo a la esperanza de vida de estos últimos, considerablemente inferior a la de la primera. Distinta es la solución pertinente respecto del daño moral que padeció la víctima desde que fue detenida hasta que se la hizo desaparecer, pues este perjuicio sí que lo sufrió el desaparecido y, al entrar en su patrimonio, el correspondiente crédito resarcitorio pasó, después de la muerte, a sus herederos. Pero en esa indemnización por daño moral no puede incluirse el perjuicio moral que sufrió el detenido al morir, porque desde el momento en que deja de vivir y por tanto deja de ser, su fallecimiento no es resarcible como perjuicio de la propia víctima.

Considero, en resumen, que no se tendría que haber incluido la partida del lucro cesante de la víctima y que hubo de ceñirse la indemnización por su daño moral al sufrido mientras vivió, por el atentado a su libertad y a su salud, pero no por el hecho de morir. En cambio son

(428) A esta cuestión se ha hecho referencia en este Capítulo (ap. II.1) y en el Capítulo I (ap. I.1; y ap. II.2.6).

(429) No obstante, una de las víctimas del caso *Neira Alegría* dejó sólo padres, pues era soltera y sin hijos, según hemos visto.

correctas las otras partidas y las consideraciones vertidas en torno a la teoría de la oportunidad. Además, es ciertamente encomiable la voluntad de la Corte de vertebrar y razonar sus soluciones indemnizatorias. Cuando la determinación del alcance de la responsabilidad se ventila con soluciones globales, precipitadas y no muy razonadas, como ocurre habitualmente en la jurisprudencia española y en la del TEDH, resulta difícil o imposible el análisis crítico que concrete su grado de acierto o corrección.

V. Consideraciones finales

La doctrina de la oportunidad perdida, después de gestarse jurisprudencial y doctrinalmente en los sistemas francés e inglés, ha circulado *horizontalmente*, penetrando otros muchos ordenamientos nacionales (Estados Unidos, Canadá, Australia, Bélgica, Holanda, Italia, Argentina, entre otros); y *verticalmente*, alcanzando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a diversas organizaciones europeas (Comunidad Europea, TEDH, UNIDROIT, Academia de Jusprivatistas Europeos, EGTL) que, después de identificarla a través del método comparado, la han recogido o aplicado en algunos de sus instrumentos (art. 2.7 Directiva 92/13/CE, jurisprudencia en materia de derechos humanos, art. 7.4.3 Principios UNIDROIT, art. 163 Parte General del Código Europeo de Contratos, art. 3:106 Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil).

El concepto dañoso «pérdida de oportunidad» es ajeno a la cultura jurídica española, pero, como veremos a continuación, ha entrado en ella a partir de finales de los años ochenta de la mano del legislador, los juzgados y Tribunales y el Consejo de Estado que la han tomado, básicamente, del Derecho comunitario y del TEDH, sin desdeñar la influencia que haya podido ejercer el *soft law* de determinadas agrupaciones europeas en los últimos tiempos y, directamente, los ordenamientos francés e italiano. La implantación de la doctrina de la *chance* viene así a culminar un proceso de influencias recíprocas entre el Derecho europeo y los Derechos nacionales, en el que las instituciones europeas han servido de vehículo de comunicación. A continuación se explican los detalles de este proceso de implantación de la doctrina de la oportunidad perdida en el ordenamiento español, señalándose la incidencia que ha tenido la legislación, la jurisprudencia civil y contencioso-administrativa, la doctrina legal del Consejo de Estado y la literatura científica.

CAPÍTULO TERCERO

**LA RECEPCIÓN DE LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE
OPORTUNIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL**

I. La legislación

1. LA NORMATIVIZACIÓN DEL CONCEPTO DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD POR INFLUJO DE LAS DIRECTIVAS DE RECURSOS

El Código civil español no contiene precepto alguno relativo a la doctrina de la oportunidad perdida. Tampoco lo hacen las leyes especiales aprobadas para actividades lesivas concretas; ni la Ley 30/1992, al regular la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. La teoría de la *chance* ha cobrado carta de naturaleza legal en el ordenamiento español, por influjo del Derecho europeo, a través de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre contratación en los denominados sectores excluidos o especiales (agua, energía, transportes y telecomunicaciones). Conformada a la Directiva 92/13/CEE, esta Ley reconoce a «*cualquier persona que tenga o haya tenido un derecho subjetivo o un interés legítimo en la adjudicación de alguno de los contratos incluidos en la misma*» (art. 54.1) el derecho a reclamar una indemnización (art. 51.1), cuando «*se haya probado que ha habido infracción de lo dispuesto en la presente Ley y (...) el reclamante hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato si no se hubiera cometido la infracción*» (art. 63.2). Tal indemnización «*deberá cubrir cuando menos los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación*» (art. 63.3).

Hay ya un Proyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales⁽⁴³⁰⁾ aprobado con el propósito de transponer la nueva Directiva de contratación en los sectores especiales⁽⁴³¹⁾. En él se mantienen los criterios indemnizatorios que ha establecido la Ley 48/1998. El artículo 112 señala, en particular, que «*[p]ara que proceda la indemnización se exigirá que se haya probado que ha habido infracción de lo dispuesto en la presente ley y que el reclamante hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato si no se hubiera cometido tal infracción*» (ap. 2). Incluye también la referencia a que «*[l]a indemnización deberá cubrir cuando menos los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación*» (ap. 4).

Estas previsiones suponen que el licitador que no pudo participar

⁽⁴³⁰⁾ BO Cortes Generales, Serie A, de 22 de septiembre de 2006.

⁽⁴³¹⁾ A la Directiva 2004/17/CE me he referido en Cap. II, ap. III.1.1.

en el procedimiento por causa imputable al órgano de contratación (*v. gr.*, el que fue ilegítimamente excluido de éste o aquel que no resulta finalmente seleccionado, siéndolo otro, con violación de las reglas de contratación) puede tener derecho a ser indemnizado en concepto de responsabilidad patrimonial; y esto aunque sea titular de un mero interés legítimo y aunque no subsista la completa certeza de que, de haberse acomodado a Derecho la actuación administrativa, hubiera sido efectivamente el adjudicatario, pues sólo se exige que hubiera tenido «*una posibilidad real de obtener el contrato*». La circunstancia de que en estos casos el aspirante no sea titular de un derecho subjetivo al acto favorable no impide el surgimiento del crédito resarcitorio por el daño sufrido, pues basta con que «*tenga o haya tenido un interés legítimo en la adjudicación*». Del mismo modo, la posibilidad de que el ejercicio legal de la discrecionalidad hubiera podido confirmar el sentido denegatorio de la resolución obliga a superar la idea de que, en estos casos, no hay daño efectivo porque las ganancias dejadas de obtener son inciertas y meramente hipotéticas. Según la Ley, esta circunstancia no constituye un obstáculo insoslayable, ya que se reconoce la posibilidad de un resarcimiento cuando el licitador tuviera, simplemente, posibilidades reales de resultar seleccionado(432).

Si se compara el tenor del artículo 63 con el del artículo 2 de la Directiva que transpone, se constata una diferencia destacable. El precepto comunitario no afirma expresamente que la mutilación de esas posibilidades reales constituye un daño para cuya valoración hayan de ponderarse las ganancias dejadas de obtener, limitándose a concretar que en estos supuestos han de abonarse los gastos de preparación de la oferta y participación en el procedimiento. La regla ha sido significativamente matizada en la Ley 48/1998. El artículo 63 establece que, cuando el perjudicado tuviera posibilidades reales de obtener el contrato, la compensación deberá cubrir *cuando menos* los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación. Ese *cuando menos* encierra la idea de que la reparación que se conceda a quien pierda una posibilidad real de victoria puede incluir parte del beneficio neto que la ejecución del contrato habría reportado. Ese *más* que puede abarcar la reparación puede corresponderse, en definitiva, con un porcentaje del lucro inobtenido [el denominado beneficio industrial, que suele identificarse con el 6% del importe del contrato previsto(433)], bajo el entendimiento de que la infracción de las reglas de la contratación han sacrificado una *chance* de adjudicación.

(432) Según J. L. BLASCO DÍAZ (Artículo 63 Ley 13/1995, cit., p. 1460) el precepto comentado supera las limitaciones de nuestro sistema indemnizatorio general, a cuya luz el Tribunal Supremo viene declarando que el participante en un concurso no tiene más que una expectativa jurídica o es-

peranza en la futura adquisición que carece de relevancia jurídica. Sobre esta doctrina, me ocupo en los Capítulos VIII (ap. II) y XI (aps. II.3.2 y II.5.2).

(433) Sobre este porcentaje, Cap. IX, ap. I.2.1.

En lo que refiere al ámbito clásico de la contratación pública, el TRLCA no estableció un régimen especial de garantías para incorporar la primera Directiva de recursos. Esto porque, según ha dicho el propio Legislador (en la Exposición de Motivos de la precedente Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas), «*nuestro ordenamiento jurídico, en distintas normas procedimentales y procesales, se ajusta ya a su contenido*». Esta afirmación podría interpretarse *lógicamente* como un reconocimiento implícito de la doctrina de la oportunidad perdida en todo el ámbito de la contratación pública e, incluso, en todo el marco de la actividad administrativa, si se asume que la Directiva 665/1989 impone a los Estados miembros la obligación de indemnizar aun cuando el licitador sólo logre demostrar que habría tenido posibilidades reales de victoria de no haber mediado el comportamiento ilícito del ente encargado de la tramitación: Podría decirse que, cuando el legislador español considera que nuestro sistema está dotado ya de las medidas que impone la Directiva, está diciendo que el régimen general de responsabilidad patrimonial de los artículos 139 ss. LPC contempla implícitamente el derecho a indemnización de quien pierde la posibilidad real de obtener un beneficio o ventaja⁽⁴³⁴⁾. Sin embargo, dada la escasa atención prestada a la doctrina de la *chance* hasta épocas recientes y el bajo nivel de litigiosidad que tradicionalmente ha suscitado la contratación pública en España, parece evidente que el legislador desconocía por completo esta solución al problema de la incertidumbre causal que afecta a los licitadores y que puede impedirles la consecución de una reparación en supuestos de neto incumplimiento de la regulación aplicable.

2. LA REPERCUSIÓN DE LAS DIRECTIVAS DE RECURSOS EN OTROS SISTEMAS NACIONALES. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DEL DERECHO ITALIANO

Otros Estados con jurisprudencia administrativa tradicionalmente

(434) Cosa que no es clara, pues el criterio de las posibilidades reales tan sólo se explicitó en la segunda Directiva de recursos. No obstante, ya hemos visto que durante su preparación se meditó incluir un breve elenco de daños, entre los que se encontraba la pérdida de oportunidades (Cap. II, ap. III.1.3). Además, según hemos visto, hay una autorizada doctrina partidaria de una conjunta interpretación de las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE y de la consecuente extensión de las garantías que concreta la segunda al ámbito de aplicación de la primera. Es la opinión del profesor J. M. BAÑO LEÓN, quien, sobre esta base, sostiene que el cumplimiento de tales Directivas «exige modificar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que viene reconociendo el derecho a indemnización del recurrente de una licitación, sólo si prueba

que de no haber mediado la infracción a él le correspondería la adjudicación» (*El contencioso...*, cit., pp. 355, 357). Entiende, en particular, que el abono de los gastos ocasionados por el procedimiento, aunque hubiera sólo una posibilidad real de adjudicación de no haber intervenido la infracción debería ser tenida en cuenta por nuestros Tribunales: «Resulta significativo que la Administración pueda reconocer indemnización por daños y perjuicios a una empresa perjudicada por otra privada (...) con sólo probar que ha habido infracción y que el reclamante «hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato si no hubiera cometido la infracción», y que, en cambio, la Administración salga indemne ante nuestros Tribunales, por mucha infracción que haya habido de las normas de contratación, ya que nuestra jurisprudencia

refractaria a la doctrina de la pérdida de oportunidad se han visto obligados a cumplir con los imperativos del Derecho europeo e introducir en sus Leyes de transposición la referencia a las posibilidades reales como condición suficiente del resarcimiento. Es el caso de Alemania, cuya Ley contra las restricciones a la competencia reconoce el derecho al resarcimiento en caso de violación de las reglas de adjudicación si la violación ha privado de una oportunidad real («*echte Chance*»)(435). Es también el de Italia, que, con toda probabilidad, es el Estado Miembro en el que las previsiones comunitarias han tenido mayor repercusión.

La Directiva 665/1989 fue transpuesta en este país por la Ley 142/1992, de 19 de febrero. Poco después, el texto legal fue reformado para extender su ámbito de aplicación a la contratación en los denominados sectores excluidos (agua, energía, transporte y telecomunicaciones) y, de este modo, cumplir lo prevenido en la Directiva 92/13(436). Conforme al principio de responsabilidad consagrado en estas Directivas, el artículo 13 dio entrada al remedio resarcitorio en todo el ámbito de la contratación pública(437). Lo cierto es que este precepto no incluía

cia exige probar que se tenía el mejor derecho a la adjudicación del contrato. Semejante doble rasero carece de justificación» (p. 359).

(435) Se trata del § 126 *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*: «*Hat der Auftraggeber gegen eine den Schutz von Unternehmen bezweckende Vorschrift verstossen und hätte das Unternehmen ohne diesen Verstoß bei der Bewertung der Angebote eine echte Chance gehabt, den Zuschlag zu erhalten, die aber durch den Rechtsverstoß beeinträchtigt wurde, so kann das Unternehmen Schadensersatz für die Kosten der Vorbereitung des Angebots oder die Teilnahme an einem Vergabeverfahren verlangen. Weiterreichende Ansprüche auf Schadenersatz bleiben unberührt*» (la redonda es mía). Según HUERGO LORA (*La nueva...*, cit., pp. 1843, 1876) la consagración de una indemnización en presencia de una simple «oportunidad real de obtener la adjudicación» constituye uno de los aspectos de mayor interés de la regulación alemana de los contratos públicos para el Derecho español. Antes de la Directiva, la jurisprudencia alemana no siempre reconocía el derecho a la compensación del beneficio contractual neto que habría podido obtenerse a través de la adjudicación; y, cuando lo hacía, exigía la prueba de que el aspirante habría obtenido el contrato, si la Administración hubiese actuado correctamente (p. 1854). Se exigía la «completa seguridad» o la «alta probabilidad» para tener por cierto el nexo causal (pp. 1854, 1875). Por esto, además de otras razones, buena parte de la doctrina ale-

mana sostuvo que la tutela judicial de los aspirantes a los contratos públicos era deficiente (p. 1857). La nueva regulación abre ahora la perspectiva de una protección resarcitoria más generosa, que libera a los empresarios de la prueba diabólica del nexo causal, facilitándoles la indemnización de, por lo menos, los gastos, si eran acreedores de una posibilidad real de adjudicación (p. 1876). En Cap. V, ap. II.2 se analiza la importante sentencia del *Bundesgerichtshof* de 23 de septiembre de 1982, que rechazó explícitamente la doctrina de la pérdida de oportunidad.

(436) Reforma introducida por el artículo 11.1 de la Ley 489/1992, de 19 de diciembre, de Transposición de Directivas relativas al Mercado Interno.

(437) El artículo establece: «*Violazioni del diritto comunitario in materia di appalti e forniture. 1. I soggetti che hanno subito una lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici di lavori o di forniture o delle relative norme interne di recepimento possono chiedere all'Amministrazione aggiudicatrice il risarcimento del danno*». Según E. MELE (*Il risarcimento dei danni in materia di appalti pubblici -commento all'articolo 13 della legge comunitaria 1991-*, en Riv. trim. app., 1991, p. 1127), el Gobierno, sobre la base de que la regla comunitaria era contraria al ordenamiento nacional, no la incluyó en el Proyecto de la que después fue la Ley 142/1992. Sin embargo, durante la tramitación parlamentaria se introdujo en el referido proyecto la

referencia alguna a la pérdida de posibilidades reales. Sin embargo, tal cosa no atemperó la trascendencia de la medida, que supuso una auténtica revolución, dado que desde mediados del siglo pasado la *Corte di Cassazione* negaba sistemáticamente que los ciudadanos tuvieran derecho a indemnización cuando la irregularidad administrativa se producía en un procedimiento administrativo susceptible de incrementar su patrimonio jurídico a través de un acto favorable. Tal era el corolario del «dogma» al que se atenía, que era el de que la lesión de un interés legítimo no es antijurídica ni, por tanto, indemnizable(438).

Transpuestas la Directivas, la iuspublicística italiana se apresuró a señalar que, si cabía reparar los perjuicios derivados del ejercicio irregular de las potestades de adjudicación contractual, había que entender que, en realidad, se había derogado el viejo principio de la irresarcibilidad y que, en su lugar, se había afirmado otro en cuya virtud cabía indemnizar todo daño, cualquiera que fuera el tipo de procedimiento en que se produjera(439). Ahora bien, frente al entusiasmo de un sector de la doctrina, que había propugnado la aplicación del principio, por su *vis expansiva*, al resto de casos tradicionalmente arropados por el principio de la irresarcibilidad del interés legítimo (básicamente, casos de ejercicio irregular de potestades discrecionales de otorgamiento de bienes o ventajas), el Tribunal de Casación, lejos de abandonar el dogma, subrayó *a contrariis* la excepcionalidad de la disposición(440).

La cuestión de fondo, oculta tras la regla de la irresarcibilidad del interés legítimo, era la imposibilidad de afirmar la certeza del daño o, lo que viene a ser lo mismo, la de apreciar el nexo causal entre la pérdida de la utilidad deseada (por ej., el contrato administrativo o el puesto en la función pública) y la irregularidad administrativa, cuando la subsistencia de un margen de valoración discrecional impide realizar un pronóstico seguro en torno al resultado final que habría arrojado un procedimiento limpio de irregularidades(441). El ejercicio de la

mención a la responsabilidad, seguramente, como señala este autor, para evitar que Italia fuera condenada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por incumplimiento del Derecho comunitario y porque en virtud de la doctrina del efecto directo los jueces podrían aplicar la norma del Consejo sin necesidad de transposición.

(438) Sobre esta cuestión me he ocupado ampliamente en *La responsabilidad patrimonial...*, cit., pp. 62-110; y en *Dal dogma...*, cit., pp. 361-447.

(439) G. MORBIDELLI, *Note introduttive...*, cit., pp. 849-851; *L'appalto...*, cit., pp. 806-808; R. E. GAROFOLI, *Danno da lesione di interesse legittimo e diritto comunitario*, Urb. app., 1997/3, pp. 262-266; R. MURGIA, *Il risarci-*

mento del danno da lesione di interessi legittimo negli appalti pubblici alla luce del d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80/98, la quantificazione del danno e il sistema probatorio, Riv. giur. sarda, 2000, pp. 232-236; C. PALMAS, *Il risarcimento...*, cit., p. 1227; F. BILE, *Introduzione*, en *Convegno su «La responsabilità per lesione degli interessi legittimi»*, Danno resp., 1999/10, pp. 993-995.

(440) Así, las sentencias de la Corte de Casación (Secciones Unidas) 2667/1993, de 5 de marzo, y 3732/1994, de 20 de abril.

(441) Parecida insinuación en D. SORACE, *Presentazione a Problemi e prospettive delle responsabilità pubbliche*, en AAVV, *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, bajo su dir., Cedam, Padova, 1998, pp. XV-XVI.

discrecionalidad pudo orientarse en la dirección que interesaba al administrado, pero pudo seguir el sentido contrario, es decir, el interesado pudo obtener el contrato o el puesto, pero pudo también no obtenerlo. La aleatoriedad intrínseca que esto conlleva imposibilita llegar a la conclusión de que, de haberse tramitado limpiamente el procedimiento, el recurrente habría obtenido el bien auspiciado. Por eso la cuestión subyacente bajo la regla de la resarcibilidad privativa del derecho subjetivo era la dificultad de indemnizar la pérdida de una ventaja que aparece como incierta o meramente hipotética y no como un daño seguro y efectivo.

Se trataba, en realidad, de un problema que no era en absoluto exclusivo de las actuaciones administrativas discrecionales, sino común a todo el ámbito de la responsabilidad, donde, según hemos visto, es inagotable la lista de supuestos en los que, habiéndose producido un hecho ilícito, no puede afirmarse con seguridad que éste haya impedido la obtención de una ventaja. Por eso, frente a la jurisprudencia casacional, un sector de la doctrina reclamaba, en el marco perjudicial administrativo, la homologación de los criterios con que se aprecian y cuantifican los daños causados por los particulares. Era inadmisibles que lesiones cualitativamente iguales tuvieran un tratamiento resarcitorio dispar por la sola razón de que el agente dañoso fuera, en unos casos, un particular, y en otros, un Ente público. La jurisprudencia italiana indemnizaba *la perdita di chance* en asuntos civiles, pero no en los administrativos, cuando el agente dañoso era una Administración. Se puso así de manifiesto la contradicción en que incurría el juez ordinario, pues, partiendo de una misma norma (art. 2043 CC it.), ordenaba la reparación de la frustración de oportunidades causadas por los ciudadanos (el abogado que interpone intempestivamente el recurso o el empresario que resuelve irregularmente el concurso de promoción laboral), pero rechazaba hacer lo mismo cuando ese daño lo ocasionaba la Administración (al excluir ilegalmente a un licitador o al resolver irregularmente un concurso de promoción funcional) (442).

Finalmente, en 1999, la Corte de Casación rectificó su criterio, al adoptar la sentencia 500, de 22 de julio, considerada significativa(443), revolucionaria(444), histórica(445), pequeño compendio de teoría gene-

(442) E. M. BARBIERI, *Riflessioni...*, cit., pp. 741-743, y C. PALMAS, *Il risarcimento...*, cit., pp. 1233-1234.

(443) A. LUMINOSO, *Danno ingiusto e responsabilità della pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi nella sentenza n. 500/1999 della Cassazione*, Dir. pubbl., 2000/1, p. 55.

(444) R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, nota S. Tr. Cas., civil (Seccs. Unidas), 22 jul. 1999, núm. 500, Foro it., 1999/1, c. 487; y A. R.

COSÌ, *Risarcibilità...*, cit., p. 131. Aún más enfático se ha mostrado F. LEDDA (*Agonia...*, cit., p. 903), para quien la sentencia viene a significar la desaparición del interés legítimo como concepto: «*Si parla tanto spesso quanto incautamente di rivoluzione, ma questa sentenza val più di tutte le rivoluzioni che ci vengono annunciate ai nostri tempi*».

(445) A. ORSI BATTAGLINI/C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, coment. S.

ral(446), ejemplo de *style* jurisprudencial(447), *grand arrêt*(448) o *arrêt de règlement*(449) parangonable a la del asunto *Marbury v. Madison*(450). No es éste el lugar en que estudiar los fundamentos de este pronunciamiento(451) que, ciertamente, ha marcado un hito en la Historia del Derecho italiano(452). Lo que interesa destacar es que, bajo la presión

Tr. Cas., civil (Seccs. Unidas), 22 jul. 1999, núm. 500, Dir. pubbl., 1999/2, pp. p. 488; G. GRECO, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, nota S. Tr. Cas., civil (Seccs. Unidas), 22 jul. 1999, núm. 500, Riv. it. Dir. pubbl. comunit., 1999/5, p. 1127; G. DUNI, *Interessi legittimi, risarcimento del danno e doppia tutela. La Cassazione ha compiuto la rivoluzione*, coment. S. Tr. Cas., civil (Seccs. Unidas), 22 jul. 1999, núm. 500, Giust. it., www.giust.it/articoli, cons. 16 mar. 2002, p. 1; G. ALPA, *Commento* S. Tr. Cas. (Seccs. Unidas), 22 jul. 1999, núm. 500, en *Sulla sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Cassazione relativa alla risarcibilità della lesione degli interessi legittimi*, Giust. civ., 1999, p. 431; G. PONZANELLI, *Commento* S. Tr. Cas. (Seccs. Unidas), 22 jul. 1999, núm. 500, Danno resp., 1999/10, p. 985; V. CARBONE, *La Cassazione riconosce la risarcibilità degli interessi legittimi*, Danno resp., 1999/10, p. 974.

(446) G. GRECO, *Interesse legittimo...*, cit., p. 1127.

(447) P. G. MONATERI, *Il «Tort» da illegittimo esercizio della funzione pubblica*, nota S. Tr. Cas., civil (Seccs. Unidas), 22 jul. 1999, núm. 500, Danno resp., 1999/10, p. 978.

(448) Así, G. GRECO, *Interesse legittimo...*, cit., p. 1127; A. PALMIERI/R. PARDOLESI, coment. S. Tr. Cas. (Seccs. Unidas), 22 jul. 1999, núm. 500, cit., p. 980; y A. GAMBARO, *La sentenza n. 500 ed il Diritto civile dello Stato*, Riv. Dir. civ., 2000, p. 355.

(449) R. CARANTA, *La pubblica amministrazione...*, cit., p. 3201, y *Responsabilità per lesione di interessi legittimi*, coment. S. Tr. Cas., civil (Seccs. Unidas), 22 jul. 1999, núm. 500, Resp. prev., 1999/3, 941.

(450) E. SCODITINI, *L'interesse legittimo e il costituzionalismo. Conseguenze della svolta giurisprudenziale in materia risarcitoria*, nota S. Tr. Cas., civil (Seccs. Unidas), 22 jul. 1999, núm. 500, Foro it., 1999/11, c. 3226, equipara la sentencia, por su carácter interpretativo y gran trascendencia, con la que en febrero de 1803 dictó en los Estados Unidos de Norteamérica el juez Marshall, afirmando el poder del Tribunal Supremo de controlar la constitucionalidad de las le-

yes y, de esta manera, sin más apoyo normativo que la cláusula de supremacía de la Constitución, logrando algo que el Legislador constitucional de la Europa continental sólo ha conseguido, por diferentes caminos, más de un siglo después.

(451) Vid. L. M. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho administrativo*, vol. I, 17ª ed., Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 475-477; O. MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad de la Administración en Italia y en España o la necesaria convergencia entre dos sistemas contrapuestos*, RAP, núm. 156, 2001/3, pp. 471-501; L. MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad...*, cit., pp. 62-110, 196-212, 258-263, y *Dal dogma...*, cit., pp. 361-447; A. SALTERNO y R. MORENO FUENTES, *La responsabilidad de la Administración por actos que afectan a los «intereses legítimos» en el sistema italiano. ¿Un cambio revolucionario?*, RAP, núm. 152, 2000/2, pp. 421-456; M. FERNÁNDEZ SALMERÓN, *Nuevas tendencias de la justicia administrativa en Italia: hacia algunas quiebras de la distinción entre intereses legítimos y derechos subjetivos*, RAP, núm. 154, 2001/2, pp. 501-540. También, fijándose en las cuestiones resarcitorias que ha suscitado en relación algunas de las monografías del profesor I. MARTÍN DELGADO: *La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso-administrativas*, pról. E. García de Enterría, Iustel, Madrid, 2006; y *Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo. Hacia un sistema de ejecución objetivo y normalizado*, pról. T. Font i Llovet, Marcial Pons, Madrid, 2005.

(452) La sentencia ha dado lugar a una abundantísima serie de artículos y comentarios de civilistas, administrativistas y constitucionalistas: M. ANNUNZIATA, *La tutela risarcitoria per lesione di interessi legittimi operante nell'ambito dell'ordinamento giuridico*, Giust. civ., 2000/II, pp. 623 ss.; G. ALPA, *Commento*, cit., pp. 427-431 y *Il revirement della Corte di Cassazione sulla responsabilità per la lesione di interessi legittimi*, Resp. civ. prev., 1999/4-5, pp. 907-921; S. AGRIFOGLIO, *Le sezioni unite tra vecchio e nuovo diritto pubblico: dall'interesse legittimo alle obbligazioni senza prestazioni*, Eur. Dir. priv., 1999, pp. 1221 ss.; V. ANGIOLINI, *Risarcimento del danno, pubblica amministrazione e costituzione*, Dir.

del Derecho comunitario, derrumbó el viejo privilegio de la irresarcibili-

- pubbl., 2000/1, pp. 133-152; G. AZZARITI, *La risarcibilità degli interessi legittimi tra interpretazione giurisprudenziale e interventi legislativi. Un commento alla sentenza n. 500 del 1999 della Corte di cassazione*, *Giurispr. cost.*, 1999, pp. 4062-4066; M. BARCELLONA, *Responsabilità civile e interessi legittimi: oltre le Sezioni Unite*, *Riv. crit. Dir. pri.*, 2000/1, pp. 3-69; A. BENIGNI, *Le sezioni unite e la risarcibilità dell'interesse legittimo: prima si decide, poi si motiva. Ma il cittadino è veramente tutelato?*, *Giust. it.*, 2001/1, www.giust.it/articoli, cons. 16 marzo 2002, 11 pp.; G. BERTI, *La giustizia amministrativa dopo il D. Lgs. N. 80 del 1998 e la sentenza n. 500/1999 della Cassazione*, *Dir. pubbl.*, 2000/1, pp. 1-11; M. BIANCA, *Danno ingiusto: a proposito del risarcimento da lesione di interessi*, *Riv. Dir. civ.*, 2000/I, pp. 687-693; F. BILE, *La sentenza...*, cit., pp. 897-906; F. D. BUSNELLI, *Dopo...*, cit., pp. 335-354; C. CASTRONOVO, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, *Eur. Dir. priv.*, 1999, pp. 1221 ss.; R. CARANTA, *La pubblica amministrazione...*, cit., cc. 3202-3212, y *Responsabilità...*, cit., pp. 930-957; V. CAIANIELLO, *Postilla in tema di riparto fra giurisdizioni*, *Foro amm.*, 1999/I, pp. 2034 ss.; V. CARBONE, *Commento, Danno resp.*, 1999/I, pp. 978 ss.; y *La Cassazione...*, cit., pp. 974-976; G. CUGURRA, *Risarcimento dell'interesse legittimo e riparto di giurisdizione*, *Resp. civ. prev.*, 1999/4-5, pp. 922-929; L. CORSARO, *La sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni unite relativa alla risarcibilità degli interessi legittimi: il dibattito continua*, *Giust. civ.*, 1999/II, pp. 509-512; A. R. COSÌ, *Risarcibilità...*, cit., pp. 965 ss.; B. DELFINO, *La fine del dogma dell'irrisarcibilità dei danni per lesioni di interessi legittimi: luci e ombre di una svolta storica*, *Foro amm.*, 1999/I, pp. 2007-2034; G. DUNI, *Interessi legittimi...*, cit., 10 pp.; F. FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema corte lascia aperti alcuni interrogativi*, *Foro it.*, 1999/11, pp. 3212-3221; M. FRANZONI, *La lesione dell'interesse legittimo c, dunque, risarcibile*, *coment. S. Tr. Cas., civil (Seccs. Unidas)*, 22 jul. 1999, núm. 500, *Contr. impr.*, 1999, pp. 1025-1046; A. GAMBARO, *La sentenza...*, cit., pp. 355-389; G. GRECO, *Interesse legittimo...*, cit., pp. 1126-1131; R. IANNOTTA, *La sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni unite relativa alla risarcibilità degli interessi legittimi: il dibattito continua*, *Giust. civ.*, 1999/II, pp. 512-518, y *Osservazione*, *Foro amm.*, 1999/I, pp. 2004-2007; L. LAVITOLA, *Le novità introdotte dalla sentenza n. 500/99 della Suprema Corte di Cassazione e cenni sui presupposti giuridico normativi e sui contrasti tra dottrina e giurisprudenza in materia di risarcibilità degli interessi legittimi*, *Riv. amm. Repubbl. it.*, 1999/8-9, pp. 741-746; F. LEDDA, *Agonia...*, cit., pp. 903-917; A. LUMINOSO, *Danno ingiusto...*, cit., pp. 55-80; S. MENCHINI, *Il nuovo assetto delle tutele giurisdizionali avverso gli atti amministrativi illegittimi*, *Dir. pubbl.*, 2000/1, pp. 81-131; P. G. MONATERI, *Il «Tort»...*, cit., pp. 978-979; M. R. MORELLI, *Le fortune di un «obiter»: crolla il muro virtuale della risarcibilità degli interessi legittimi*, *Giust. civ.*, 1999/I, pp. 2274 ss.; L. V. MOSCARINI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e termini di decadenza*, *Giurispr. it.*, 2000, pp. 1380 ss.; E. NAVARRETTA, *Forma e sostanza dell'interesse legittimo nella prospettiva della responsabilità*, G. OPPO, *Novità e interrogativi in tema di tutela degli interessi legittimi*, *Riv. Dir. civ.*, 2000/3/I, pp. 391-399; A. ORSI BATTAGLINI/C. MARZUOLI, *La Cassazione...*, cit., pp. 487-504; A. PALMIERI/R. PARDOLESI, *Commento*, cit., pp. 980-984; F. G. PIZZETTI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e danno ingiusto. Se un giorno d'estate la Corte di Cassazione...*, *coment. S. Tr. Cas. (Seccs. Unidas)*, 22 jul. 1999, núm. 500, *Giurispr. it.*, 2000, mayo, pp. 1380-1392; G. PONZANELLI, *Commento*, cit., pp. 984-987; M. PROTTO, *È crollato...*, cit., pp. 1067-1093; A. ROMANO, *Sono risarcibili: ma perché devono essere interessi legittimi*, *nota S. Tr. Cas., civil (Seccs. Unidas)*, 22 jul. 1999, núm. 500, *Foro it.*, 1999/I, cc. 3222-3226; V. ROPPO, *Commento, Danno resp.*, 1999/10, pp. 987-989; A. A. SALEMME/C. CARPINELLI, *Interessi legittimo e risarcimento del danno: questioni di riparto delle giurisdizioni tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, *Riv. it. Dir. pubbl. comunit.*, 1999, pp. 1108 y ss.; M. SANINO, *Commento, en Sulla sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Cassazione relativa alla risarcibilità della lesione degli interessi legittimi*, *Giust. civ.*, 1999, 431-433; F. G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, *Giurispr. cost.*, 1999, pp. 4045-4063; E. SCODITINI, *L'interesse legittimo...*, cit., cc. 3226-3240; P. STELLA RICHTER, *Commento, en Sulla sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Cassazione relativa alla risarcibilità della lesione degli interessi legittimi*, *Giust. civ.*, 1999, pp. 433-435; G. SORICELLI, *Appunti su una «svolta epocale» in merito ad un'interpretazione costituzionalmente orientata sulla pari dignità tra diritto soggettivo ed interesse legittimo: una decisione a futura me-*

dad. Cabía ya afirmar la responsabilidad civil de las Administraciones públicas por ejercicio irregular de potestades ampliatorias; y, en este sentido, el «recorrido lógico», corolario de la nueva doctrina casacional, era, según PALMIERI y PARDOLESI (dos de los primeros comentaristas de la famosa sentencia), «el de la pérdida de *chance* como última orilla del nexo de causalidad»(453). El efecto es que hay ya un articulado cuadro jurisprudencial en torno al daño por pérdida de oportunidad(454) que arranca de las Directivas «recursos», la Ley 142/1992 y la sentencia núm. 500 del Tribunal de Casación, de 22 de julio de 1999, que estableció los mimbres que están sirviendo para normalizar la figura y definirla técnicamente en el ámbito de la responsabilidad civil de las Administraciones públicas(455).

Algunos autores consideraron que «el camino de la oportunidad perdida» era extremadamente complicado [por las dificultades que imprime la realización de un juicio encaminado a vislumbrar la consistencia de las posibilidades comprometidas(456)] y peligroso [por el riesgo de proliferación desmesurada de las reclamaciones indemnizatorias contra las Administraciones Públicas(457)]. Frente a esta escéptica y cautelosa actitud, ha ocurrido exactamente lo que anunciaron aquellos dos comentaristas: La pérdida de *chance* de resolución favorable, particularmente la de victoria en procedimientos competitivos, se ha consagrado jurisprudencialmente como categoría dañosa y la inicial incertidumbre que suscitaba está siendo superada a través de una intensa labor doctrinal y jurisprudencial de delimitación basada en las elaboraciones del Derecho civil(458). No obstante, sigue

moria?, Foro amm., 2000/2, pp. 350-365; L. TORCHIA, *Risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, coment. S. Tr. Cas., civil (Seccs. Unidas), 22 jul. 1999, núm. 500, Giorn. Dir. amm., 1999/9, pp. 832-850.

(453) *Commento*, cit., p. 981. Destacan, en este sentido, las observaciones de F. FRACCHIA (*Risarcimento danni da c. d. lesione di interesse legittimi: deve riguardare i soli interessi a «risultato garantito»*, Foro it., 1999, III, c. 481) en orden a subrayar que la verdadera novedad que ha supuesto la sentencia del Tribunal de Casación de 22 de julio de 1999, núm. 500, es la posibilidad de que el interesado que pierda una oportunidad no asegurada (*a risultato non garantito*) de obtener una resolución favorable obtenga un resarcimiento. En esta misma línea, C. MARZUOLI, *La responsabilità delle pubbliche amministrazioni per attività amministrative: note introduttive*, en AAVV, *La tutela dell'interesse al provvedimento*, dir. G. D. Falcon, Univ. Studi Trento, Trento, 2001, pp. 134-135; y F. PATRONI GRIFFI, *Riflessioni problematiche su alcuni elementi dell'illecito*, en AAVV, *La tutela...*, cit., p. 220.

(454) Así lo califica F. FRACCHIA, *Risarci-*

mento..., cit., c. 479. A algunas de las sentencias mas significativas en este sentido de Tribunales Administrativos Regionales y el Consejo de Estado me refiero en el Cap. IX.

(455) En este sentido, L. CARROZZA/F. FRACCHIA (*Articolo 35 decreto legislativo 80/98 e risarcibilità degli «interessi meritevoli di tutela»: prime applicazioni giurisprudenziali*, Foro it., 2000/2, cc. 201-210) ponen de manifiesto cómo la jurisprudencia ha encontrado en la referida sentencia los fundamentos con que afirmar la pérdida de oportunidad como categoría dañosa.

(456) F. G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, Dir. pubbl., 2000/1, pp. 19-21.

(457) F. D. BUSNELLI, *Dopo...*, cit., pp. 347-349.

(458) También en este punto se cumplió el pronóstico de PALMIERI y PARDOLESI (*Commento*, cit., p. 981), pues señalaron muy pronto que «la incertidumbre que le caracteriza [a la figura de la pérdida de oportunidad de resolución favorable] será pronto reducida por una casuística capaz de concretar una tipología suficientemente indicativa».

habiendo algún autor como el profesor BUSNELLI que, tras la sentencia del Tribunal de Casación y las primeras aplicaciones de la teoría de la oportunidad perdida llevadas a cabo por los TAR, ha ratificado su originaria opinión en contra de la doctrina de la pérdida de oportunidad(459). A su juicio, es significativo el silencio que la referida sentencia guarda en cuanto a que la denominada pérdida de *chance* sea merecedora de tutela resarcitoria(460). Considera asombroso que alguna resolución dictada después se permita declarar que el reconocimiento del rango resarcible de la *chance* cuenta con el apoyo que proporcionan los principios enunciados en aquella sentencia(461). Añade que causa todavía más perplejidad que el notable magistrado que ha comentado esa resolución posterior sitúe en el mismo plano las *chances*, es decir, las meras expectativas, y las situaciones de «*oggettivo affidamento*», pese a reconocer las dudas e incertidumbres que circundan tal figura(462). Para él, el silencio de la sentencia 500/1999 suena a una notable confirmación de esas dudas e incertidumbres y, sobre todo, a una confirmación de su ambigüedad, haciendo referencia a que la irrepetible razón de ser de la figura sólo puede asentarse en una regla tan generalísima como es la del artículo 1382 del *Code*, sin que ni siquiera en Francia se libre la misma de esa ambigüedad(463).

II. La jurisprudencia

1. LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN LA JURISPRUDENCIA, EN GENERAL

1.1. *El «prudencial» criterio rigorista y la doctrina tradicional de la preterición virtual del lucro cesante*

Todavía hoy la jurisprudencia española ofrece ejemplos de esa vieja

(459) *Perdita di una chance e risarcimento del danno*, Foro it., 1965/4, p. 271. Años después del trabajo citado, este autor ha reaccionado frente a la consagración jurisprudencial de la entidad nociva de la *chance* perdida en dos trabajos que ya hemos mencionado: *La responsabilità civile dello Stato*, Danno resp., 1999, pp. 10 ss.; y *Dopo...*, cit., p. 347, donde dice: «*Ebbene, a distanza di (tanto) tempo, continuo a essere della stessa opinione*».

(460) *Ibidem*, p. 345. Aunque el ilustre profesor es consciente de la referencia expresa que la sentencia contiene respecto de la *chance*, insiste en que se trata sólo de un «*fugace accenno*» (nota 35 pie p. cit.). Lo que literalmente dice la sentencia, y no parece una frase fugaz, es lo siguiente: «*È quindi seguito il riconoscimento della risarcibilità di varie posizioni giuridiche, che del diritto soggettivo non avevano la consistenza, ma che la giurisprudenza di volta in volta elevava alla dignità di diritto soggettivo: è il caso del c.d. diritto all'integrità del patrimonio o alla libera determinazione negoziale, che ha avuto frequenti*

applicazioni (sent. n. 2765/82; n. 4755/86; n. 1147/92; n. 3903/95), ed in relazione al quale è stata affermata, tra l'altro, la risarcibilità del danno da perdita di «*chance*», intesa come probabilità effettiva e congrua di conseguire un risultato utile, da accertare secondo il calcolo delle probabilità o per presunzioni (sent. n. 6506/85; n. 6657/91; n. 781/92; n. 4725/93)».

(461) Se refiere a la resolución del TAR de Lombardía, de 23 de diciembre de 1999, Danno resp., 2000, pp. 310 ss., con *Il commento* de V. CARBONE.

(462) Se refiere a V. CARBONE, en *Il commento*, cit.

(463) *Dopo...*, cit., p. 348. La referencia a esa ambigüedad es recogida de F. CHABAS, *La perdita...*, cit., p. 230. A juicio de F. D. BUSNELLI (*Dopo...*, cit., p. 346), hay supuestos en que se utiliza la figura de la *chance* para forjar el reconocimiento de un perjuicio que se reconocería pura y simplemente mediante la determinación del nexo causal de acuerdo con el principio de la causalidad adecuada.

tendencia que, lejos de favorecer el manejo de técnicas de facilitación probatoria, invoca la regla del libre arbitrio para exigir que los hechos sean demostrados con *toda* certeza. Heredera del pensamiento ilustrado y positivista(464), esta postura goza aún de predicamento entre nuestros jueces y tribunales, que a veces desestiman reclamaciones indemnizatorias por la falta de acreditación de un nexo causal cuya existencia era, en realidad, verosímil o suficientemente probable(465). La exigencia de estos altísimos requerimientos probatorios es frecuente, en particular, en supuestos de lucro cesante futuro en que el actor solicita la reparación de las ganancias que habría obtenido de no haber mediado el hecho ilícito. Los juzgadores son todavía reacios a reconocer el derecho a indemnización de estos perjuicios cuando se atisba la más mínima duda en torno a la conexión causal entre el hecho ilícito y unas ganancias que no van a entrar ya en el patrimonio de la víctima. Esta postura, bautizada como doctrina judicial de preterición virtual del lucro cesante(466), supone la utilización de un criterio restrictivo para la estimación del lucro cesante que se quiere basar en el arbitrio judicial, autocalificado como prudente, y en cuya virtud se declara que ha de probarse rigurosamente que, como consecuencia del hecho ilícito, dejaron de obtenerse las ganancias(467).

(464) *Vid.* Capítulos I (ap. III.1.1) y IV (ap. III.2).

(465) En este sentido, la profesora SOLER PRESAS (*La valoración...*, cit., pp. 73-74) señala con todo rigor que «[e]sta práctica no es exclusiva de los sistemas de derecho civil de tradición latina donde, ya se sabe, peor se entienden y aplican los criterios de estimación de la indemnización; pero sí es aquí donde el uso abusivo de la certidumbre del daño más llama la atención y donde, creemos, más difícil va a resultar erradicarlo, pues la falta de doctrina lo suficientemente consolidada que desarrolle el contenido de los criterios sustantivos de delimitación excusa, ciertamente, el cómodo recurso de los Tribunales al expediente de la incertidumbre o contingencia de las pérdidas. Acredita lo que acabamos de afirmar el hecho de que la utilización impropia de este requisito, frecuente en las decisiones decimonónicas de los Tribunales norteamericanos, haya podido corregirse paulatinamente. Este progresivo abandono del uso impropio de la *certainty* se debe, principalmente, a la importante aportación que, en materia de *damages*, ha realizado la doctrina norteamericana, esclareciendo y precisando los diversos criterios sustantivos que han de considerar sus Tribunales a la hora de determinar la indemnización. Este proceso ha culminado con el rechazo legislativo de cualquier interpretación que pu-

diera hacer pensar que es exigible una prueba del daño con precisión casi matemática».

(466) M. MEDINA CRESPO, *La valoración...*, cit., t. I, *Los fundamentos*, cit., pp. 167-170. Sobre el tema, del mismo autor, *El resarcimiento del lucro causado por la muerte*, en *Ponencias del 5º Congreso Nacional de la Asociación española de Abogados especializados en responsabilidad civil y seguro*, Grupo Ed. Univ., Granada, 2005, pp. 49-207.

(467) Se han hecho eco esta tendencia jurisprudencial K. J. ALBIEZ DOHRMANN (*El tratamiento del lucro cesante en el sistema valorativo*, R. Der. Priv., 1998/5, pp. 363-364), subrayando que no distingue las pérdidas probables o razonables de las futuribles; S. CAVANILLAS MÚGICA (*Efectos de la responsabilidad civil «ex delicto». Reparación del daño. Indemnización de perjuicios materiales y morales*, en AAVV, *La responsabilidad civil «ex delicto»*, coord. G. Quintero Olivares, Aranzadi, Cizur Menor, 2000, pp. 80-81), dando cuenta de dos sentencias excepcionales, que se alejan del criterio restrictivo; A. CRISTÓBAL MONTES (*El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, p. 259), indicando que no es «abierta y generosa»; F. GÓMEZ POMAR (*Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado y daño moral*, coment. STS, Sala 1ª, de 8 de abril de 2003, InDret. Revista para el análisis del Derecho, www.indret.com, 3/2004, p. 4), refiriéndose a la

Paradigmática es, en este sentido, la STS de 2 de junio de 1967 (RJ 1967, 2926) que contiene la siguiente declaración: «*el lucro cesante o ganancia frustrada ofrece muchas dificultades para su determinación y límites, por participar de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios, y para tratar de resolverlos el Derecho científico sostiene que no basta la simple posibilidad de realidad de la ganancia, sino que ha de existir una neta probabilidad objetiva, que resulta del curso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto, y nuestra jurisprudencia se orienta con prudente criterio restrictivo de la estimación del lucro cesante, declarando con reiteración que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ganancias, sin que éstas sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas, pues no pueden derivarse de supuestos meramente posibles, pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre*»(468). La jurisprudencia ha declarado en esta línea que, para reconocer la indemnización, es preciso que «*el órgano judicial no tenga sombra de duda sobre la realidad del perjuicio*»(469); que la apreciación del lazo causal entre el hecho ilícito y el lucro cesante se ha de justificar «*derechamente*»(470) y «*rigurosamente*»(471); y ha de encararse con «*prudencia rigorista*», «*criterio restrictivo*» o

«actitud legendaria restrictiva de la jurisprudencia en la indemnización del lucro cesante»; L. DIEZ PICAZO (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. 2, *Las relaciones obligatorias*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1993, p. 687), diciendo que «necesita alguna suavización»; J. L. LACRUZ BERDEJO y J. DELGADO ECHEVERRÍA (*Elementos de Derecho Civil*, t. 2, *Derecho de obligaciones*, vol. 1, *Parte general. Teoría general del contrato*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 208), calificándola como «parsimoniosa»; J. PINTOS AGER (*Baremos, Seguros y Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 356-357), resaltando que la regla del libre arbitrio ha colaborado en su asentamiento al no ayudar a eliminar su reticencia a aceptar las predicciones de ingresos con base en cálculos probabilísticos comúnmente aceptados por las ciencias sociales; A. SOLER PRESAS (*La valoración...*, cit., pp. 73-76), adjetivándola como abusiva y contraria a la pauta del *id quod plerumque accidit* e insistiendo en que la jurisprudencia desconoce «el buen trecho» que media entre la ganancia simplemente posible y la ganancia totalmente segura; YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema...*, cit., p. 151), tildándola de «excesivamente prudente». Esta tendencia jurisprudencial es también la tradicional entre nuestros civilistas. Así, J. M. MANRESA NAVARRO (*Comentarios al Código civil español*, t. VIII, Reus, Madrid, 1929, p. 94), que indicaba que «los perjuicios están sometidos a la necesidad de una prueba robusta»; J. M. REYES MONTERREAL (*Comentarios a la Ley de uso y circulación de vehículos a motor*, Nauta, Barcelona, 1965, p. 294), al se-

ñalar que el lucro cesante ha de ser «cierto en su producción» y «conocido exactamente en su *quantum*»; y J. SANTOS BRIZ (*Responsabilidad civil en los accidentes automovilísticos*, La Ley, Las Rozas, 1996, p. 158), al escribir que «no cabe condenar al pago de perjuicios probables cuya realidad exacta se desconoce».

(468) Este párrafo, que ha sido incluido después en un buen número de sentencias casacionales, contiene algunas frases cuyo origen inexpresado está, muy probablemente, en la traducción española de la obra del Profesor Hans Albert FISCHER (*Los daños civiles y su reparación*, trad. anots. W. Roces Suárez, Libr. Gen. Victoriano Suárez, Madrid, 1928, p. 43), aunque son frases que se descontextualizan, si tenemos en cuenta todo lo que dice el expresado autor respecto del lucro cesante (cfr. M. MEDINA CRESPO, *El resarcimiento...*, cit., nota 37, p. 71). El autor señala que para apreciar la existencia del perjuicio, no basta la simple posibilidad, pero tampoco se exige la absoluta seguridad, pues basta una cierta probabilidad objetiva que resulte del curso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto (A. FISCHER, *Los daños...*, cit., p. 45).

(469) STS, Sala 3ª, de 12 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3695).

(470) STS, Civil, de 12 de febrero de 1896, Col. Legisl., vol. 1º, pp. 318 ss.

(471) SSTs de 3 de noviembre de 1892, Col. Legisl., vol. 3º, pp. 399 ss.; 15 de octubre de 1915, Col. Legisl., vol. 52, pp. 212 ss.; 22 de diciembre de 1967, cit.

«*prudente criterio restrictivo*»(472) porque las ganancias inobtenidas no corresponden a «*beneficios posibles, inseguros o desprovistos de certidumbre*» y «*no pueden derivar de meros cálculos, hipótesis o suposiciones*»(473). En un concreto caso se ha dicho que la concreta pretensión resarcitoria del recurrente constituye la «*sublimación absoluta de una valoración subjetivada de una probabilidad de perjuicio*»(474).

Una aplicación «ejemplar» de esta rigurosidad probatoria exacerbada, que niega expresamente la resarcibilidad nada menos que del daño futuro, es la SAP de Madrid (Secc. 6^a) de 24 de mayo de 1991, resolutoria de la apelación dimanante de un faltas(475). Menos llamativa, pero igualmente expresiva de una exacerbación de las exigencias probatorias de la causalidad, es la STS, Sala 3^a, de 24 de marzo de 2004 (RJ 2004, 1951), que niega la indemnización del lucro que habrían podido obtener unos empresarios, de habérseles convalidado las licencias aeronáuticas que habían conseguido en Portugal.

La primera declara: «*Si bien es cierto que el perjudicado ha sido un excelente profesional (...) que tenía un futuro muy prometedor, dada su alta formación y dedicación al trabajo, no cabe fijar una indemnización por los ingresos futuros, dado que nadie puede saber si (...) se hubieran producido, pues la persona humana puede fallecer en cualquier momento, (...) de forma natural o accidental, truncándose de esta forma esos ingresos futuros, o (...) puede suceder cualquier situación que limite o elimine tales ingresos, como puede ser el cierre de la empresa. Por ello este juzgador entiende que no es posible fijar una indemnización sobre una cosa futura o contingente, lo que determina la procedencia de suprimir la indemnización fijada por tal concepto*»(476).

En el asunto de la STS, los recurrentes habían obtenido ya la anulación de la denegación y la condena a la Administración al libramiento de unos actos de convalidación. Se desestima la indemnización del lucro cesante porque esto «*requiere demostrar que se ha producido, de forma inmediata, exclusiva y directa, un perjuicio efectivo y susceptible de valoración económica derivado de la pérdida de unos ingresos no meramente contingentes*». Según el Tribunal, «*tras la obtención de la licencia aeronáutica, su obligado reconocimiento habría puesto a sus titulares en situación de aspirar a un trabajo en las líneas aéreas que operaban en España, pero ni necesariamente tenían la seguridad de conseguirlo ni nada les impedía trabajar en otras cosas*». Por eso considera que, excluidas del concepto de lucro cesante «*las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas*», no pueden computarse las «*dejadas de percibir que sean posibles, pero derivadas de resultados inseguros*», por lo que «*difícilmente puede entenderse probado, en este caso singular, la existencia de un lucro cesante*». Es posible que los recurrentes no

(472) SSTS, Sala 1^a, de 22 de junio de 1967 (RJ 1967, 2926); 8 de junio de 1996, (RJ 1996, 4831); 29 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 1474).

(473) STS, Sala 1^a, de 6 de mayo de 1967, cit.

(474) STS, Sala 3^a, de 25 de febrero de 1981 (RJ 1981, 450).

(475) Tomada de M. MEDINA CRESPO, *El resarcimiento...*, cit., p. 85.

(476) Se desestimó la pretensión de 100.000.000 Ptas. que la sentencia de instancia había fijado en concepto de lucro cesante derivado de una gran invalidez, manteniéndose la indemnización de los perjuicios morales causados por las lesiones permanentes y la renta vitalicia fijada para sufragar la necesidad de ayuda de tercera persona.

articularan suficiente prueba y que, por tanto, acertara el Tribunal al denegar la indemnización. Sin embargo, parece que estamos ante un supuesto en que la dificultad estriba, no en determinar si la Administración causó el daño, sino en cuantificar un perjuicio efectivamente producido, lo que no debiera impedir la afirmación de la responsabilidad patrimonial. Del examen de los elementos proporcionados al Tribunal podría derivarse que muy probablemente los perjudicados habría desarrollado alguna de las actividades profesionales para las que solicitaban la convalidación de sus licencias. En tal caso, habría de estimarse la existencia de un perjuicio patrimonial cierto para cuya valoración las víctimas podrían aportar datos relativos a ese mercado y el Tribunal acudir, en su caso, a la equidad(477).

1.2. *La pérdida de oportunidad como doctrina en auge dentro del Derecho judicial español*

Con todo, de manera gradual, la praxis jurisprudencial está admitiendo que es imposible asegurar con plena certeza la verdad del hecho causal; y que, consecuentemente, la causalidad acreditada es, no la absolutamente cierta, sino la razonablemente probable. Muestra de ello es el cada vez mayor juego atribuido a los mecanismos de facilitación probatoria, como la técnica presuntiva, la teoría del incremento del riesgo y la doctrina de la pérdida de oportunidad(478). Esta última ha cobrado últimamente una relevancia especial, pues está consagrándose como remedio ante la incertidumbre causal y, consecuentemente, está propiciando la superación de la vieja idea de que la verdad procesal (prueba) y la verdad material (verdad en sentido estricto) son conceptos perfecta-

(477) Como vemos y estudiaremos después con mayor detenimiento (Cap. VIII, ap. II; Cap. IX, ap. II), la jurisdicción contencioso-administrativa no se sustrae a la tendencia restrictiva que exige la absoluta certeza del nexo causal. No obstante, en este orden jurisdiccional resulta más fácil encontrar sentencias que proceden a reparar el lucro cesante como daño cierto causalmente ligado al hecho ilícito administrativo. Así, por ejemplo, la STS, Sala 3ª, de 13 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 5183), que anula la STSJ de Islas Baleares de 31 de julio de 1997, apreciando la responsabilidad patrimonial de la Comunidad Autónoma por el fallecimiento de un conductor como consecuencia de un desprendimiento de roca. El Alto Tribunal, al abordar la cuestión del resarcimiento de los perjuicios sufridos por la esposa e hijos del conductor, declaró: «acreditados los gastos de reparación del vehículo y grúa 451.733 Ptas. y 16.008 Ptas., respectivamente, estimada como ajustada a derecho la cantidad de 18.000.000 de Ptas. en concepto de daños morales para cubrir los causados a la esposa y dos hijos del falle-

cido siendo ésta la por ellos solicitada, únicamente queda por determinar la cantidad que debe ser indemnizada por lucro cesante y que los recurrentes cifran en 22.440.000 Ptas., a razón de 170.000 Ptas. mensuales durante los once años de vida profesional que restaban al fallecido por ser ésta la diferencia entre sus ingresos, que dicen ser de 200.000 Ptas. mensuales y la pensión que queda a los recurrentes de 29.953 Ptas. En este punto, pese a lo que sostienen los recurrentes, de la prueba documental aportada resulta que los ingresos netos del fallecido, por rendimiento empresarial, eran en 1993 de 1.316.000 Ptas., ya que de las 690.087 Ptas. que figuran en su declaración de renta por rendimiento de trabajo personal la perceptora era su esposa. Así las cosas el lucro cesante resulta en 80.000 Ptas. mensuales una vez redondeadas las diferencias, razón por la que esta Sala estima que por tal concepto debe fijarse como indemnización la cantidad de 10.560.000 Ptas. lo que da un total por todos los conceptos de 29.027.441 (s.e.u o.) Ptas., cantidad que deberá incrementarse en los intereses legales más dos puntos desde la fecha de la sentencia de primera instancia».

(478) Según veremos en Caps. II y III.

mente identificables; de que si se ha sufrido un daño por culpa de otro, los procedimientos probatorios permiten siempre demostrarlo en el proceso. Desde hace casi dos décadas, los juzgados y tribunales españoles invocan la idea de la oportunidad perdida para conceder indemnizaciones ante la falta de prueba de la conexión causal; y a partir de la entrada del nuevo siglo, esta tendencia se está intensificando extraordinariamente. La jurisprudencia se mueve así entre dos tendencias antitéticas, una tradicional, que parece estar superándose y que parece inspirarse en el paradigma mecanicista newtoniano para rechazar la indemnización de daños ciertos ante la presencia del más mínimo resquicio de duda; y otra nueva, que parece estar imponiéndose y que admite la relatividad del conocimiento humano para reparar daños aún sin la prueba patente del nexo causal (479).

La Sala 1ª del Tribunal Supremo, en particular, ha consolidando una jurisprudencia que, afirmada inicialmente a finales de los años ochenta por Juzgados y Audiencias, es favorable a la aplicación de la doctrina de la oportunidad perdida en asuntos de responsabilidad civil de profesionales legales, aunque no siempre se maneje rigurosamente. Del mismo modo, ha reconocido la resarcibilidad de las *chances* de curación en la emblemática sentencia de 10 de octubre de 1998, después de que las Audiencias Provinciales inauguraran una importante línea jurisprudencial favorable a la aplicación de la teoría de la oportunidad en el ámbito médico-sanitario. Aunque, como señala la SAP de Madrid (Secc. 20ª) núm. 248/2004, de 29 de abril (JUR 2004, 228347), «nuestra jurisprudencia no ha recibido con carácter general (...) la denominada doctrina de la “pérdida de oportunidad” en el ámbito de la responsabilidad médica» (480); parece estar en vías de hacerlo, pues du-

(479) En este orden de ideas, F. GÓMEZ POMAR (*Pleitos tengas...*, cit., p. 4) señala que «[l]a noción de pérdida de oportunidad, originaria de Francia y transformada después por juristas italianos, ha sido acogida entre nosotros para salvar, a efectos indemnizatorios, los notables escollos que suponen, de un lado, el principio de certeza y efectividad del daño y, de otro, la actitud legendariamente restrictiva de la jurisprudencia española en la indemnización del lucro cesante».

(480) La referida sentencia estimó que no había culpa médica y declinó reconocer el derecho a indemnización de la parte actora. En ella hay un interesante *obiter* en relación con la doctrina de la pérdida de oportunidad: «Opera, no en el ámbito de la culpa, sino en la esfera de la causalidad en torno a los llamados “cursos causales no verificables” en los que no puede establecerse una relación directa entre el hecho culposo y varios resultados posibles según los conocimientos científicos vigentes, y pretende evitar con ello que en dichos

supuestos el perjudicado [quede] desprotegido, indemnizando al sujeto que por un acto negligente probado se ha visto privado de un eventual “suceso favorable”, futuro e incierto, con una suma inferior a la que correspondería de poder determinarse claramente la relación causal». La sentencia explica también los términos en que la parte actora solicitaba la aplicación de la doctrina: «De acuerdo con esta doctrina, según el demandante, basta una cierta probabilidad de que la intervención médica hubiese podido evitar el daño –aunque no se pueda afirmar con certeza– para indemnizar, si bien es cierto que con una cuantía menor. Según el actor esta doctrina ha sido recogida entre otras instancias por la Audiencia Nacional, y Tribunal Supremo. Añade que por ello, “consideramos que el caso que nos ocupa, y así queda acreditado de todo lo que se ha actuado, entra de lleno, en primer lugar en la doctrina tradicional respecto a las indemnizaciones de daños y perjuicios, pero si es más cierto que en el caso que existiese alguna duda en el juzgador respecto a esta doctrina tradicional, queda patente y probado hasta

rante los últimos años han empezado a abundar los pronunciamientos que mencionan o emplean la teoría.

La doctrina de la oportunidad perdida ha penetrado igualmente en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo a través de la Audiencia Nacional. Desde que en 2002 admitiera por vez primera la resarcibilidad de la oportunidad de curación o sobrevivencia, la AN aplica la teoría de la *chance* con bastante rigor y mucha frecuencia en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Últimamente, el carácter resarcible de este tipo de oportunidades ha empezado a afirmarse también en sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de algunos Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo.

La oportunidad perdida se presenta así como una doctrina en auge a la que los jueces y tribunales españoles, tanto de lo civil como de lo contencioso-administrativo, acuden a menudo en supuestos de negligencia de profesionales legales o sanitarios. Fuera de este ámbito, todavía son raros los pronunciamientos que acogen la figura. No obstante, es posible que algunos pronunciamientos de 2005 y 2006 estén anunciando una extensión de los supuestos a que se aplica la teoría. La SAP Zaragoza (Secc. 5ª) núm. 718/2005, de 28 de diciembre (JUR 2006, 27090), se refiere a ella en un caso de pérdida de la oportunidad de sustraerse al pago de una indemnización por la negligencia de un corredor de seguros(481). Por su parte, algunas SSAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) afirman el carácter resarcible de la pérdida de la oportunidad de victoria en un procedimiento administrativo.

Hay razones para pensar que es posible que la teoría acabe extendiéndose a este tipo de casos, denominados de *chance provvedimentale* en el Derecho italiano. Hay que recordar que, al transponer la Directiva 92/13/CEE, del Consejo, de 25 de febrero, el Derecho español ha positivizado la doctrina de la *chance* en el ámbito de la contratación pública para indemnizar al licitador que no logra demostrar que, sin la infracción cometida por el órgano de adjudicación, habría resultado beneficiario. A su vez, podría ser un síntoma de una ampliación futura del ámbito judicialmente atribuido a la doctrina de la oportunidad perdida el hecho de que los tribunales de países que se han adelantado a los españoles en el reconocimiento de la resarcibilidad de las *chances* médicas y procesales lleven tiempo indemnizando las oportunidades que se pierden en el contexto de los procedimientos administrativos ampliatorios (Francia) (482)

la saciedad, que la nueva doctrina importada de Francia, novedosa, moderna y desde luego muy al uso del concepto actual y moderno de la responsabilidad civil y de sus consecuencias, es de obligada aplicación en este concreto caso". Añade que, como hemos comentado, es fundamental este giro jurisprudencial para entender la demanda planteada».

(481) La SAP Málaga (Secc. 7ª, sede en Melilla), núm. 107/2000, de 27 de octubre (JUR 2001, 86648) maneja también la figura fuera del ámbito de la responsabilidad por negligencia de profesionales forenses o sanitarios. A esta sentencia me he referido en Cap. I, ap. III.2.1.1.

(482) Vid. Cap. II, ap. II.1.

o hayan empezado a hacerlo en cumplimiento de las Directivas comunitarias de recursos (Italia) (483).

A continuación, se exponen algunas de las aplicaciones judiciales más significativas de la teoría de la oportunidad perdida. Se comentan, en primer lugar, algunas sentencias adoptadas en el orden jurisdiccional civil, prestando especial atención a la STS de 10 de octubre de 1998. Después se aborda el estudio de algunos pronunciamientos que, en línea con esta sentencia, han adoptado recientemente las Salas de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia.

2. LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CIVIL

2.1. *La pérdida de oportunidades procesales*

Según hemos dicho, la doctrina de la oportunidad perdida empezó a emplearse a finales de los años ochenta de siglo pasado por Juzgados de Primera Instancia y Audiencias Provinciales en pleitos contra abogados y procuradores (484). Una de las primeras sentencias que ha hecho referencia a la figura es del Juzgado de Primera Instancia núm. 55 de Madrid, de 2 de diciembre de 1994, recaída en juicio civil 909/1993. Corresponde a un proceso en el que se demandó a un procurador que había presentado fuera de plazo el recurso de casación que le había remitido el letrado, dando lugar a que adquiriera firmeza la sentencia que, dictada en segunda instancia, había resultado contraria a los intereses de la parte. Como consecuencia de ello, el perjudicado ejercitó acción de responsabilidad civil contra el procurador negligente, reclamándole una indemnización de 100.000.000 Ptas., que era la suma que correspondía a la cuantía debatida en el pleito precedente. Lo interesante en este caso es que se realizó un «juicio dentro del juicio» (485) y se practicó una prueba pericial rendida por un abogado con experiencia en la tramitación de recursos de casación, el cual dictaminó, a la luz de los antecedentes del caso y de los términos en que había sido redactado el recurso intempestivo, que éste tenía muy pocas posibilidades de prosperar (486). La sentencia estimó parcialmente la demanda y reconoció como indem-

(483) *Vid.* en este Cap., ap. I.2. También Cap. IX, ap. II.5.

(484) Así, con importantes diferencias en cuanto al concepto de oportunidad perdida, las sentencias de las Audiencias Provinciales de Asturias, de 16 de enero de 1989; Guipúzcoa, de 12 de septiembre de 1994; Valencia, de 28 de septiembre de 1994; Barcelona, de 2 de noviembre de 1995; Palencia de 3 de febrero de 1997; León, de 24 de enero de 1996. A estos pronunciamientos me refiero con mayor detenimiento en el Capítulo VI (ap. III).

(485) Sobre el «juicio dentro del juicio» como operación en que se concreta la apreciación del nexo causal en este tipo de casos, Cap. IV, ap. III.2.3.

(486) La sentencia suaviza, después, esta conclusión, al declarar que el recurso contaba sólo con «*remotas probabilidades*» de éxito, pero ello le lleva a afirmar que, en consecuencia, no puede atenderse lo que pudiera haberse obtenido con la eventual estimación del recurso.

nización una suma por los gastos ocasionados en la redacción del escrito de interposición del recurso, como daño emergente(487), y, además, 3.000.000 Ptas. en concepto de pérdida de oportunidades. Aunque nada se dice en la sentencia, parece que la oportunidad perdida se cuantificó en proporción al grado de probabilidad con que se contara de obtener la ventaja pretendida. Parece que los 3.000.000 Ptas., de un total de 100.000.000 Ptas., expresan las probabilidades de que la víctima hubiera ganado el juicio(488).

La línea apuntada por la sentencia señalada ha sido adoptada por la STS (Sala 1^a) de 16 de diciembre de 1996, referida al caso de un abogado que dejó prescribir la acción de responsabilidad extracontractual que, por causa de muerte en un accidente, querían ejercitar sus clientes, cuantificándose la pretensión en 10.000.000 Ptas.(489). Desestimada la demanda en primera y en segunda instancia, los clientes demandaron al abogado ejercitando contra él acción de responsabilidad civil, siendo resuelto el pleito en segunda instancia mediante sentencia por la que se condenó al demandado a abonar a los actores 4.000.000 Ptas., más 308.160 Ptas. correspondientes a las minutas abonadas a él y al procurador interviniente en el proceso precedente(490). Interpuesto recurso de casación por el abogado demandado, el Tribunal Supremo lo desestimó, dedicándose el último fundamento de su sentencia a la cuestión valorativa(491), siendo el mismo del siguiente tenor: *«Las dificultades que presenta la determinación del quantum indemnizatorio en los supuestos de responsabilidad civil de los abogados no impiden que el Juzgador haya de buscar los medios adecuados para alcanzar una correcta compensación (...) y si bien esa indemnización no puede consistir en lo que los actores hubieran podido percibir como indemnización (...) en el procedimiento en que se dio la actuación negligente (...), sí pueden ser examinadas las posibilidades de que la acción, caso de haber sido temporáneamente ejercitada, hubiese prosperado y partiendo de ello y atendida la cuantía litigiosa, así como la causa de que la demanda no llegase a ser examinada en cuanto al fondo del asunto, fijar la indemnización procedente, pues*

(487) Dada la inutilidad de los mismos.

(488) Téngase en cuenta, no obstante, que la pérdida de oportunidad se concibió *«como concepto diverso al del lucro cesante»*, declarándose que *«no cabe entender que se trata de un daño hipotético, calificación que puede predicarse de las eventuales ganancias que se habrían podido alcanzar de materializarse el éxito pretendido o deseado, presupuesta la actuación de la oportunidad perdida, pero no puede negarse que la pérdida misma de la oportunidad ya integra, de suyo, un daño»* y que *«hay, pues, incertidumbre en el beneficio que se hubiera podido obtener, pero hay certeza en cuanto a la probabilidad de que se hubiera tenido de no perderse la oportunidad por causa imputable a un tercero»*.

(489) Otras sentencias en que el Tribunal Supremo se atiene a este criterio, Cap. VI, ap. III.3.

(490) Partida de gastos que constituyen un daño emergente, al igual que el importe de las costas que, en su caso, tuvieran que abonarse a la parte contraria, al haber habido condena en este sentido.

(491) La lectura de la sentencia casacional no permite conocer cuál fue el razonamiento esgrimido por el abogado demandado en el último motivo de su recurso, contraído a impugnar la solución indemnizatoria adoptada por la Audiencia Provincial.

ninguna contradicción existe en que (...) la Sala, como único medio de aproximarse al alcance de los posibles daños y perjuicios, razone sobre la prosperabilidad de la pretensión y sus expectativas en términos (...) plenamente aceptables y que (...) no pretenden sustituir lo que pudiera haber sido el resultado definitivo, por ser ello tarea imposible».

De esta declaración, se deduce que la Audiencia Provincial ponderó las probabilidades de éxito que tenía la demanda de responsabilidad civil, de no haber prescrito la acción y que, con base en ellas, fijó la cuantía indemnizatoria en un 40% de la suma pretendida. Esto significa que, de haberse utilizado correctamente la doctrina de la pérdida de oportunidad, la solución adoptada se debería a que la Audiencia habría cifrado en ese grado el porcentaje de la probabilidad del éxito, aunque da la sensación de que la valoración se efectuó de acuerdo con el método intuitivo de la equidad, al que, en rigor, sólo puede acudir subsidiariamente cuando los parámetros proporcionados por elementos probatorios con que se cuente no permitan la determinación de aquel porcentaje⁽⁴⁹²⁾. Una rigurosa aplicación de la referida doctrina habría exigido la realización de un juicio dentro del juicio y resolver, en primer lugar, el grado de probabilidad de éxito con que contaba la acción ejercitada y, en segundo lugar, establecer, también de forma probabilística, la suma que se habría reconocido al prosperar aquélla, de modo que el valor de la oportunidad perdida vendría determinado por la combinación de esas dos probabilidades consecutivas. En el caso de que la convicción obtenida fuera la de que la pretensión frustrada contaba con una alta probabilidad de éxito, tanto en su dimensión cualitativa como en su dimensión cuantitativa, el valor del perjuicio tendría que haberse hecho coincidir con el valor de la ventaja frustrada⁽⁴⁹³⁾.

(492) Téngase en cuenta que es frecuente que, al ejercitarse la acción de responsabilidad civil contra el profesional incumplidor, se enfatice la presencia de su negligencia, para que quede acreditado el título de su imputación, pero que, en lo que refiere a la determinación y cuantificación del daño, se reclame de forma apodíctica el importe total de la ventaja frustrada, como si fuera completamente seguro que se hubiera obtenido en el pleito precedente, sin desplegar el más mínimo esfuerzo dialéctico ni probatorio para demostrarlo. De ello se hace eco la SAP de Jaén de 16 de mayo de 1997 (citada por J. L. BARRÓN DE BENITO, *Nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil profesional*, pon. VII Congreso de Responsabilidad Civil, I. Colegio Abogados Barcelona, 1998, febr., t. mecanogr., p. 29), en la que se afirma que «no podemos (...) estimar probado cuál hubiera sido el resultado del pleito [precedente]», porque «ni siquiera se ha in-

tentado probar que hubiera prosperado el retracto de no mediar el defecto procedimental», razón por la cual el resarcimiento se limita a una cantidad fijada en concepto de daño moral, diciéndose que la cuantificación se efectúa en atención al «grado de culpa del demandado». También la SAP de Málaga de 13 de enero de 1996 (AC 1996, 307) fijó el importe de la indemnización atendiendo a la «culpa leve» del abogado demandado que omitió en un juicio de faltas la solicitud de que al asegurador de la responsabilidad civil del conductor responsable se le impusieran los intereses del 20% anual, a contar desde la fecha del siniestro, previstos en la disposición adicional 3ª de LO 3/1989, de actualización del Código penal.

(493) Pero lo cierto es que estos cálculos brillan por su ausencia. Por ello, REBOLLEDO VARELA [*Abogados: responsabilidad civil. Negligencia profesional: existencia. Daños y perjuicios: procedimiento para determinar la cuantía de la indemnización. Comentario STS (Sala*

2.2. *La pérdida de oportunidad en supuestos de ausencia de diagnóstico prenatal correcto*

Las primeras aplicaciones de la teoría de la oportunidad perdida en el ámbito médico son, según parece, de Audiencias Provinciales, en relación con las reclamaciones de los padres por los daños derivados del nacimiento de hijos con problemas físicos o psíquicos. Son casos, denominados de *wrongful birth*, en que, por negligencia médica, no se ha efectuado el adecuado diagnóstico prenatal que habría detectado las taras del feto. La afirmación del nexo causal en estos casos exige acreditar que si los progenitores hubieran estado adecuadamente ilustrados de los problemas del niño, habrían evitado el nacimiento en los términos en que esto se admite dentro del Derecho español(494).

Al encarar casos de este tipo, las Audiencia Provinciales de León (Secc. 2), en sentencia de 15 de septiembre de 1998 (AC 1998, 1504) y de Madrid (Secc. 18), en sentencia de 5 de mayo del mismo año (AC 1998, 7198), han acogido la teoría de la *chance*, aunque sólo la primera la menciona explícitamente al señalar que «[n]o se trataría pues de hacer responder a los demandados por el nacimiento de la niña —con o sin defecto congénito—, pues resulta cuando menos discutible el que pueda considerarse el nacimiento de un hijo con síndrome de Down (mongolismo) como un “daño resarrible” (...), sino por no haber dado a los padres la posibilidad de elegir entre dar a luz a un hijo con síndrome de Down o abortar, figura que la doctrina civilista conoce como “pérdida de oportunidad”». La AP de Madrid declara en esta línea: «La no realización de esas pruebas, perfectamente posibles según el estado de la técnica médica, o al menos de la no información sobre su posibilidad, resultados y riesgos omitida, determinó que la demandante careciera del conocimiento sobre la real situación del embarazo y del feto y en consecuencia le privó de la

^{1ª} de 16 de diciembre de 1996, CCJC, 1997, núm. 1178, pp. 496-497], al comentar esta sentencia, dice que la valoración se efectuó «casi exclusivamente con criterios de equidad e incluso discrecionalidad», sin que sea aceptable la afirmación genérica de que la indemnización no puede consistir en lo que se hubiera obtenido en el litigio precedente, de no haber prescrito la acción ejercitada. El expresado autor considera que en este caso se hizo uso de la facultad de moderación indemnizatoria que el artículo 1.103 CC. atribuye al juez, en la medida en que la responsabilidad civil se contrae a virtud de una actuación culpable; y dice que, en este caso, era improcedente el uso de tal facultad, porque los daños y perjuicios fueron producidos por una negligencia palmaria del letrado demandado (*ibidem*, pp. 498-499). Pero lo cierto es que la sentencia no contiene el más mínimo atisbo

que permita sostener que la solución indemnizatoria adoptada se basó en aquel precepto; y por ello tal solución no puede ser criticada por esta vía, máxime cuando se está ante un supuesto de actuación culpable que, de suyo, viabilizaría la aplicación del expresado precepto, por estarse ante daños causados culpable y no dolosamente, aunque para ello tendrían que existir circunstancias justificativas de la moderación equitativa, las cuales brillan por su ausencia.

(494) Sobre el problema de las acciones, es imprescindible la reciente monografía de la profesora de la Universidad Autónoma de Madrid, Andrea MACÍA MORILLO, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*, pról. J. M. Miquel González, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

posibilidad de decidir lo que estimar más conveniente en virtud del derecho que el legislador le confiere en tales casos»(495). El Tribunal no menciona la teoría de la *chance*, pero es evidente que fundamenta la solución adoptada, pues se condena a indemnizar la cantidad de 30.050, 61 € por la privación de la «*posibilidad de decidir lo que estimar más conveniente»*(496).

En este orden de ideas, hay que mencionar la SAP Cádiz (Secc. 1^a) de 17 de septiembre de 2002 (AC 2002, 1929). Este pronunciamiento no acoge la doctrina de la oportunidad perdida después de examinarla con cierto detenimiento: «*desde un segundo enfoque comentado, aunque no incompatible con el primero, que alivia un tanto la «crudeza técnica» del problema que nos ocupa, se considera que el «daño» en este caso es sólo –pero lo es– la “pérdida de oportunidad” o, como lo denomina la doctrina francesa, la “perte d’une chance”: “el daño sufrido –se dice– no es el nacimiento de un hijo, sino la pérdida de la posibilidad de someterse a otra prueba médica y, dependiendo del resultado, decidir si abortar dentro de los límites temporales establecidos por la Ley”. Ahora bien, con este segundo enfoque la cuestión radica en determinar qué criterio ha de utilizarse para valorar o cuantificar este daño referido a la innegable realidad de que la mujer se ha visto privada de una “opción” o, dicho en términos más técnicos, ha perdido “una oportunidad”, lo que introduce un elemento de juicio por el que el Tribunal puede acomodar el montante de su condena a la apreciación de los datos que pericialmente se le suministren en punto a la relación de causalidad. Aparte de esta inicial dificultad práctica surgen, además, otras inevitables como, por ejemplo, la posibilidad de que la cifra de la condena pueda verse atemperada –en comparación con los cánones habituales– por la inevitable incertidumbre (que nadie podrá disipar nunca) de si la madre habría abortado o no, y, de otro lado, que la condena a indemnizar “parte del daño”, propia de este enfoque o doctrina de la “pérdida de oportunidad”, suscitará los reparos del juicio salmónido y las aprensiones sobre la posible falta de seguridad jurídica por la considerable participación de la subjetiva apreciación de cada juez».*

2.3. La pérdida de posibilidades de curación

2.3.1. La STS de 10 de octubre de 1998

La primera STS que ha acogido la doctrina de la *chance* en el ámbito médico-sanitario es la de la Sala 1^a, de 10 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8371), a la que nos hemos referido con anterioridad(497). Se enjuicia el caso de un trabajador que, tras sufrir la amputación de una mano, perdió la oportunidad de que le fuera reimplantada, debido a las condiciones en que se produjo su transporte al hospital. La mano llegó en un avanzado estado de congelación que impidió el éxito de la operación realizada. Al tratarse de un *leading case*, resulta aconsejable estudiarlo con cierto detenimiento.

Desestimada la demanda en las dos instancias ordinarias, el Tribunal

(495) Se añade que «*el daño causado (...) no viene determinado por esas malformaciones de las que el profesional no es responsable, sino por el moral derivado de la privación de su derecho a estar informada y a decidir».*

(496) También en este sentido, A. LUNA YERGA, *La prueba...*, cit., nota 802, pp. 547-548.

(497) Cap. I, aps. I.1 y III.3.1.

Supremo acogió parcialmente un motivo casacional en el que, discutiéndose la apreciación probatoria efectuada por la Sala *a qua*, denunciaba que el reimplante había resultado fallido por una mala *praxis* médica. El acogimiento del recurso se basó en que, sin efectuarse una revisión de los hechos declarados probados, podía apreciarse que la enfermera encargada de habilitar el transporte de la mano amputada actuó con un cierto descuido profesional, por lo que se la condenó a indemnizar al lesionado por la pérdida de la oportunidad de que se hubiera efectuado con éxito el reimplante de la mano amputada. No podía atribuirse a la profesional sanitaria el fracaso de la operación realizada, porque ésta podría haber resultado fallida aunque la mano hubiera llegado al hospital en óptimas condiciones; pero sí la privación de una oportunidad de curación. El Tribunal Supremo fijó la indemnización en 1.500.000,— Ptas., estimándose parcialmente la demanda en la que la pretensión se había cifrado en 20.000.000 Ptas. Dedicado el último fundamento de la sentencia a la dimensión resarcitoria del caso, se fijó en él la indicada cantidad, pero no se expresó al respecto la más mínima motivación justificativa de la cantidad decretada. Por eso dice YZQUIERDO TOLSADA(498) que, valorada la oportunidad perdida a ojo de buen cubero(499), la sentencia no merece en este punto aplauso alguno, pues no incluye la más «mínima reflexión acerca de la vara de medir que ha utilizado». Frente a la práctica de fijar indiscriminadamente una indemnización global y no fundamentada, señala el referido autor que, partiendo de que «se ha de tener en cuenta la correlación entre incertidumbre acerca del éxito y certeza del fracaso», debe acudirse necesariamente a «criterios de razonabilidad estadística»(500).

(498) *Indemnización...*, cit., p. 539. Al estudiar esta sentencia, R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*Responsabilidad civil...*, cit., pp. 127-129) se limita a describirla y a decir que «la cuantía indemnizatoria no fue demasiado elevada» «probablemente porque sólo se apreció la pérdida de unas expectativas», con lo que no se plantea estrictamente la cuestión valorativa con consideración de los parámetros utilizables.

(499) Como destaca Díez-Picazo, es frecuente que la jurisprudencia acometa la función valorativa, «a ojo de buen cubero» (*Derecho...*, cit., p. 21). Como ha escrito M. MEDINA CRESPO, cuando se valora un daño a ojo de buen cubero, se puede ser mal cubero (*La valoración civil del daño corporal*, cit., t. I, *Los fundamentos*, cit., p. 139). La sentencia analizada es un ejemplo en este sentido, según veremos.

(500) Son muchos los casos en los que no quedará más remedio que efectuar una valoración equitativa de la *chance* perdida. Pero ello no significa que se prescinda, por muy imprecisos que sean, de los paráme-

tros manejables, insistiendo la jurisprudencia italiana en que, en todo caso, la valoración equitativa ha de ser motivada y no puede reducirse a la «*apodittica e tautologica affermazione della giustezza od equità della determinazione adottata*» (Sentencia del Tribunal de Casación de 22 de abril de 1993, núm. 4725). En este sentido, la profesora F. TRIMARCHI BANFI (*Tutela specifica...*, cit., p. 87) ha denunciado que a veces los jueces italianos reparan la *chance* a través de un «método sintético-intuitivo», que prescinde del valor del daño final y de las probabilidades causales. En su estudio sobre el tratamiento resarcitorio de la *chance* perdida en el Derecho belga, C. MÜLLER (*La perte ...*, cit., p. 152) señala que es raro que los jueces fijen el concreto grado de la probabilidad de éxito con que contaba la oportunidad perdida y que lo normal es que se refugien en una estimación *ex aequo et bono*. Lo mismo cabe decir de algunos pronunciamientos de los Tribunales y del Consejo de Estado franceses. Así, según I. SOUPELET (*La perte...*, cit., p. 76) «*La façon dont les ju-*

Pero esa propuesta doctrinal debe ser objeto de desarrollo y concreción. Para ejecutar una correcta aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, el Tribunal Supremo tendría que haber partido del parámetro constituido por el valor de la ventaja frustrada; y, fijado ese valor, tendría que haber ponderado la oportunidad perdida de acuerdo con el porcentaje de probabilidad previamente determinado. Estamos en este caso ante una oportunidad referente al bien de la salud, al bien de la integridad psicofísica del lesionado; y la oportunidad con la que el lesionado contaba consistía en la posibilidad de recuperar la mano amputada, mediante el éxito de la operación de reimplante al que se le sometió. La ventaja pretendida consistía en la recuperación de la mano, es decir, en la evitación de un daño corporal emergente que ya había sufrido, consistente en quedarse sin mano. Por tanto, el valor de la ventaja frustrada es el que corresponde al valor de los daños y perjuicios derivados de la pérdida de la mano. Por ello, tenía que determinarse ese valor; y, dado que estamos ante un daño corporal, el instrumento idóneo (orientativo, al menos) para valorar tal daño está constituido por el sistema de valoración de los daños corporales causados en accidente de circulación incluido hoy en el Texto Refundido aprobado por RD Legislativo de 29 de octubre de 2004(501). Esto significa que, por lo pronto, había que computar la edad que el lesionado tenía en la fecha del siniestro, al objeto de aplicar el Baremo económico de la tabla III, después de haber fijado los puntos que correspondieran a la pérdida de la mano, a cuyo efecto previamente tendría que acudir a la tabla VI. Situados en ella, tenemos el perjuicio fisiológico en que consiste la pérdida de la mano, cabiendo un mínimo de 25 puntos (si la amputación de la mano se había producido a la altura de los metacarpiños) y un máximo de 40 puntos (si la amputación estaba situada a la altura del carpo). Por otra parte, habría que acudir al capítulo especial del perjuicios estético y, calificándolo de bastante importante, corresponderían entre 15 y 20 puntos. Así las cosas, suponiendo que el enjuiciamiento del caso en primera instancia hubiera tenido lugar en 1995 ó 1996, así como que el lesionado tuviera entre 21 y 40 años, el mínimo de 40 puntos supondría adjudicar a cada punto 189.192 Ptas. y el máximo de 60 puntos supondría adjudicar a cada uno 241.678 Ptas.(502), con lo que se obtendría un valor básico respectivo de 7.567.768 Ptas. y de 13.500.680 Ptas.(503).

ges procèdent pour indemniser la perte de chances peut parfois paraître bien mystérieuse».

(501) Aunque para los cálculos que siguen me atengo al texto que estaba vigente en la fecha del enjuiciamiento.

(502) 1.137,07 € y 1.452,51 €, respectivamente. Los puntos indicados resultan de la suma aritmética de los funcionales y estéticos: 25 y 15, en un caso; 40 y 20, en el otro. Se efectúa así una interpretación literal de la regla de la suma aritmética de puntos que se contiene en el apartado se-

gundo del sistema legal; interpretación desautorizada por la STS (Sala 2ª) de 11 de octubre de 2001, que se atiene al criterio de las valoraciones separadas, el cual ha sido acogido al reformarse la tabla VI del sistema legal valorativo por el artículo 3 de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de Modificación y Adaptación a la Normativa Comunitaria de la Legislación de los Seguros Privados.

(503) 45.483,20 € y 81.140,72 €, respectivamente.

A continuación, tendría que aplicarse el factor de corrección de la incapacidad permanente, previsto en la tabla IV, estándose ante una incapacidad en grado de total, por lo que correspondería un valor entre 2.000.0001 Ptas. y 10.000.000 Ptas.(504), que es un valor que, según la mejor doctrina interpretativa del factor(505), corresponde a la valoración de los perjuicios morales ligados a los efectos impositivos de la lesión permanente. De esta forma, adjudicándose a la incapacidad permanente un valor prudencial de 8.000.000 Ptas.(506), los valores básicos señalados quedarían corregidos aumentativamente, resultando las sumas respectivas de 15.567.768 Ptas. y 21.500.680 Ptas.(507).

A estas cantidades habría que añadir el lucro cesante padecido como consecuencia de la lesión sufrida, pero, teniendo en cuenta que ésta se produjo en un accidente laboral, habría de verse si el importe de la pensión que le quedara fuera equivalente o no al importe de las retribuciones que percibía, para concretar el lucro cesante en la diferencia existente entre una y otra cantidad, proyectadas hasta la fecha de la jubilación(508). De forma muy convencional, sin contar con los imprescindibles datos de referencia, podemos convenir que el lesionado sufriera un lucro cesante cifrado por lo menos en 4.000.000 Ptas.(509). Nos encontramos así con que el valor de la ventaja a la que se aspiraba, ascendía a una cantidad oscilante entre un mínimo de 19.567.768 Ptas. y un máximo de 25.500.680 Ptas.(510).

Fijado tal valor, hay que acudir al coeficiente de probabilidad con que contaba el lesionado en orden al éxito de la operación de reimplante; y, en este sentido, hay que tener en cuenta que, según recoge la STS, el éxito de la operación no estaba asegurado ni siquiera en el caso de que la mano amputada hubiera llegado en buenas condiciones de refrigeración al hospital, pues se señala que, de acuerdo con la prueba pericial practicada, hubiera dependido de una multitud de factores, siendo de señalar que la probabilidad de éxito disminuía en la medida en que la máquina que amputó la mano estaba a alta temperatura. Precisamente por ello, porque el fracaso de la operación de reimplante pudo deberse al mal estado de conservación de la mano amputada, pero no necesariamente, pues pudo deberse a otros factores, se niega que haya relación de causalidad entre la actuación de la enfermera y el daño producido (el fracaso de la operación de reimplante de la mano amputada), por lo que no se le podía imputar la responsabilidad por dicho daño, sino sólo la pérdida de la oportunidad de que la operación se realizara

(504) 12.020,25 € y 60.101,21 €

(505) M. MEDINA CRESPO, *La valoración*, cit., t. VI, *Las lesiones permanentes*, Dykinson, Madrid 2000, pp. 196-210; *El resarcimiento...*, cit., pp. 88 ss.

(506) 48.080,97 €.

(507) 93.564,17 € y 129.221,69 €.

(508) Aplicación de un criterio de *com-*

pensatio lucri cum damno (en su más amplia versión), sobre cuya figura no es posible en este momento penetrar, habiendo sido cumplidamente estudiada por la doctrina italiana, sin que la española le haya prestado la debida atención sistemática.

(509) 24.040,48 €.

(510) 117.604,65 € y 153.262,17 €.

en buenas condiciones, es decir, como afirma el propio Tribunal, «la pérdida de unas expectativas» (511).

Así las cosas, la insuficiente motivación de la sentencia impide comprometer una opinión fundada sobre el grado de probabilidad con que contaba el lesionado para que la operación hubiera tenido éxito si la mano no hubiera llegado al hospital en avanzado estado de congelación, debida, en particular, al uso de hielo sintético y no normal. Apreciada la relevancia de la pérdida de oportunidad, el Tribunal Supremo tendría que haber fijado pormenorizadamente ese grado de probabilidad, pues de él depende la razonabilidad de la indemnización que tendría que establecerse (512). Pero, al no haberlo hecho y no poderse inducir de los datos de hecho recogidos por la sentencia mencionada, hemos de hacer los cálculos pensando en que ese grado de probabilidad pudiera cifrarse en un 20%, en un 40% o en un 60%. Aplicados esos porcentajes, que operan como coeficientes de reducción sobre el valor de la ventaja frustrada, en el primer caso (20%), el valor mínimo y el máximo de la oportunidad perdida quedarían cifrados, respectivamente, en 3.913.554 Ptas. y 5.100.136 Ptas. (513); en el segundo caso (40%), en las sumas respectivas de 7.827.107 Ptas. y 10.200.272 Ptas. (514); y, en el tercer caso (60%) en las cantidades respectivas de 11.740.661 Ptas. y 15.300.408 Ptas. (515). Si tenemos en cuenta que el valor mínimo de la oportunidad perdida se cifra en 3.913.553,60 Ptas. (516), que es el que corresponde al valor mínimo de la ventaja futura y al grado mínimo de probabilidad de éxito, la conclusión a la que se llega es que el Tribunal Supremo minusvaloró la oportunidad de la que se privó al lesionado, confirmándose que en esta materia el cubero judicial puede ser un mal cubero y que, incluso, la referencia al buen cubero puede constituir un eufemismo con el que ocultar que se trata de un resarcimiento a ciegas (517).

2.3.2. La SAP Badajoz núm. 36/2005, de 7 de febrero

La doctrina de la STS comentada ha sido aplicada después por al-

(511) Se trata, no obstante, de una expresión algo confusa, según hemos dicho (Cap. I, ap. I.1) y veremos después con más detenimiento (Cap. VIII, ap. III; Cap. IX, aps. II.3.1 [*in fine*], II.3.2.1, II.5.3 y II.5.4).

(512) Sobre los criterios de cálculo de probabilidad que deberían manejarse y reflejarse en las sentencias, Cap. IV, ap. III.

(513) 23.520,93 € y 30.652,43 €.

(514) 47.041,86 € y 61.304,87 €.

(515) 70.562,79 € y 91.957,30 €.

(516) 23.520,93 €.

(517) Téngase en cuenta que los cálculos efectuados se han realizado con el manejo del sistema legal de valoración al que se ha hecho referencia, que ha sido objeto de tantas críticas por parte de cierto sector de la doctrina y por parte de la propia judi-

catura, sobre la base de considerar que las cantidades resultantes de dicha disciplina son infrarrestauradoras. Naturalmente, para fijar la suma correspondiente al lucro cesante, nos hemos atendido al criterio interpretativo de que cabe perfectamente su restauración de acuerdo con la doctrina sentada por la STC 181/2000, de 29 de junio, en relación con el factor de corrección de los perjuicios económicos ligados a las lesiones temporales reguladas en la tabla V. Sobre esta concreta cuestión, *vide* M. MEDINA CRESPO, *La bendición constitucional del Baremo. Razones y consecuencias. Estudio de la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, de 29 de junio de 2000, sobre el sistema de valoración de los daños corporales causados en acci-*

guna Audiencia Provincial para indemnizar la pérdida de una posibilidad seria y real de curación. Así, la AP de Badajoz, en sentencia núm. 36/2005 (Secc. 3ª), de 7 de febrero (AC 2005, 290). Dña. Concepción apreció en junio de 2000 un bulto en su mama derecha por lo que solicitó asistencia médica. El ginecólogo que la atendió indicó la realización de una mamografía para la detección de un posible cáncer de mama. Sin embargo, los servicios de la Seguridad Social no realizaron la prueba. Trascurrido un año, la paciente decidió acudir a una campaña de detección de este tipo de cáncer promovida por la Junta de Extremadura, realizándosele finalmente allí la mamografía. El diagnóstico se llevó a cabo cuando el cáncer era precoz por lo que la intervención de cirugía a que se la sometió conjuró aparentemente el riesgo para la vida de la paciente. Ésta, no obstante, sufrió daños que, quizá, hubieran podido evitarse con una más rápida detección de la enfermedad(518). A juicio del Tribunal puede afirmarse en este caso *«que la conducta inadecuada y negligente del médico y del sistema de organización de la Seguridad Social han privado a la paciente de oportunidades o expectativas de éxito, ya que es evidente que cuanto antes se detecte el cáncer o menos avanzado se halle en su desarrollo existen más posibilidades en un tratamiento menos agresivo para la salud del paciente. El obrar negligente del médico no causa la enfermedad, sino que minora de distintas formas en cada caso, las posibilidades de curación, esto es, determina la pérdida de una oportunidad para la víctima que el Tribunal deberá evaluar en cada caso, en función de todas las circunstancias concurrentes, para fijar la suma indemnizatoria adecuada»*. Invocando la STS de 10 de octubre de 1998 estimó que la oportunidad perdida podía valorarse en 30.000 €.

Estamos, nuevamente, ante una no muy rigurosa aplicación de la teoría de la *chance* en la que el Tribunal indemniza con una cantidad inferior al *quantum* total del daño padecido, pero sin sujeción a estrictos criterios de racionalidad. No se realiza un cálculo adecuado del valor de la ventaja frustrada, ni se resta del mismo una parte acomodada al grado de probabilidad causal. Parece claro que se opera una ponderación de esas probabilidades para descartar la existencia del nexo causal, pero no se explicita la manera en qué ha influido para recortar el alcance de la indemnización.

dentes de circulación, Dykinson, Madrid, 2000; y *Daños corporales...*, cit., *passim*.

(518) Así lo da a entender la sentencia al señalar que *«tampoco puede olvidarse el resultado de la intervención quirúrgica consistente en cuantrectomía incluyendo módulo de cuadrante superestreno de la mama derecha con ampliación de la cuantrectomía y linfadenectomía y ampliación de márgenes. A ello debe añadirse que la paciente siguió sometiéndose a*

tratamiento de quimioterapia y radiología con lo cual sigue habiendo incertidumbre en cuanto a la curación definitiva de la paciente, produciendo esta incertidumbre un estado de inquietud y perturbación del ánimo, aparte la repercusión en la calidad de vida de la paciente e incapacidad para sus tareas habituales, que debe tener su incidencia lógica en el importe de la indemnización».

2.4. *La posibilidad de sustraerse al pago de una indemnización sacrificada por un corredor de seguros*

La precitada SAP Zaragoza (Secc. 5ª) núm. 718/2005, de 28 de diciembre, se refiere a la teoría de la oportunidad perdida con la peculiaridad de que el supuesto enjuiciado no es de responsabilidad civil de un profesional legal o sanitario, sino de un corredor de seguros. «Pinmonvil S. L.» suscribía las pólizas de aseguramiento de sus riesgos empresariales a través de un corredor, D. Luis Pablo. Éste aconsejó el cambio de las coberturas a otra entidad aseguradora. La empresa confió en él, dejando en sus manos las gestiones y averiguaciones pertinentes. De esta forma, acabó suscribiendo en 1997 nueva póliza con «Plus Ultra». El contenido de ésta no fue explícitamente examinado por los gestores de «Pinmonvil S. L.» en atención a la confianza depositada en su asesor; confianza que encontraba respaldo legal en el artículo 14 de la Ley 9/1992, de 30 de abril, de Mediación en Seguros Privados. Se daba la circunstancia de que la nueva póliza no contenía la cobertura de la Responsabilidad Civil Patronal, a diferencia de la precedentemente contratada con «Alianza de Seguros, S. A.». En marzo de 2001 tuvo lugar un accidente laboral en las dependencias de «Pinmonvil S. L.» a consecuencia del cual falleció un trabajador. El responsable de la empresa fue condenado penalmente por delito de imprudencia grave contra los derechos de los trabajadores en concurso ideal con una falta de homicidio imprudente de carácter leve; y civilmente a indemnizar a los allegados del fallecido con la cantidad de 358.149 €. A su vez, la empresa «Pinmonvil S. L.» fue declarada responsable civil subsidiaria y «Plus Ultra» fue absuelta por no haberse adquirido el compromiso de cubrir la Responsabilidad Civil Patronal. «Pinmonvil S. L.» acudió al Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Zaragoza, que condenó solidariamente al corredor D. Luis Pablo y a la aseguradora de éste, «Aig Europa, S. A.», a satisfacer la cantidad de 57.096,21 €. «Aig Europa, S. A.» apeló la sentencia, dando lugar al pronunciamiento de la SAN de Zaragoza. La Audiencia señala que está fuera de discusión el deficiente asesoramiento proporcionado por D. Luis Pablo. La cuestión que se plantea es la de si pueden ligarse causalmente el hecho ilícito (la negligencia del corredor) y el daño (la cantidad abonada a los familiares del fallecido).

Según la apelante, «Pinmonvil S. L.» habría tenido que abonar la indemnización aún en el caso de que no hubiera operado el cambio de coberturas inducido por D. Luis Pablo y hubiera suscrito la póliza con su antigua aseguradora, «Alianza de Seguros, S. A.». Tal conclusión se apoya en dos argumentos. En primer lugar, cabía considerar que la Responsabilidad Civil Patronal dejara de estar cubierta en la póliza que se hubiera eventualmente contratado con la precedente compañía de seguros. En segundo lugar, aún en el caso de que se hubiera pactado esa cobertura, era probable que el accidente laboral producido no estuviera incluido en ella, pues la póliza anteriormente suscrita con «Alianza Segu-

ros, S. A.» excluía el riesgo cuando la responsabilidad derivara del incumplimiento de normas laborales. A juicio de la apelante, estas circunstancias impiden afirmar el nexo causal entre el daño y la negligencia del corredor, pues es muy probable que «Pinmonvil S. L.» hubiera debido afrontar la indemnización en todo caso.

La Audiencia se enfrenta a estos argumentos, confirmando las conclusiones a que llegó la resolución apelada. En relación con el primero de ellos, entiende que de ningún modo cabe pensar que, de haberse mantenido la cobertura de riesgos con «Alianza de Seguros, S. A.», se habría perdido *«un concepto o riesgo asegurado de la entidad y trascendencia del citado»*. De este modo, se tiene por cierto que, de no haber mediado el asesoramiento, «Pinmonvil S. L.» habría tendido cubierta su Responsabilidad Civil Patronal en la fecha en que se produjo el fatídico accidente. Sin embargo, en relación con el segundo de tales argumentos, la Audiencia admite que es imposible saber con seguridad si el siniestro concretamente producido habría estado excluido de esa cobertura: *«constituye una hipótesis que nunca podremos llegar a afirmar si hubiera coincidido con la realidad de haber estado contratada la Responsabilidad Civil Patronal»*. Ante estas dudas, se invoca la doctrina de la pérdida de oportunidad con plena conciencia de que la jurisprudencia española suele utilizarla en supuestos distintos, aunque igualmente caracterizados por la incertidumbre causal: *«Se trata —como denomina la jurisprudencia en otros ámbitos fácticos— de una “expectativa legítima”, o “pérdida de oportunidad” (Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2005, de 28 de julio de 2003)»*.

Da la sensación de que, a juicio de la Audiencia, no puede asegurarse que los daños concretamente producidos en el accidente laboral habrían corrido a cargo de «Alianza de Seguros S. A.», pero sí que la conducta negligente del asegurador privó a «Pinmonvil S. L.» de una posibilidad seria y real de evitar el desembolso que supuso el pago de la indemnización. Lo cierto es, no obstante, que esta conclusión no se afirma claramente, pues la Audiencia se limita a convalidar la sentencia apelada, sin que se diga si el corredor negligente y su aseguradora fueron condenados solidariamente a abonar el total que «Pinmonvil S. L.» hubo de afrontar como responsable civil subsidiaria —por entenderse que había prueba suficiente de la relación causal—; o sólo una parte —por considerarse que había sólo una simple posibilidad de que, sin el hecho ilícito, dejara de producirse el daño—. Por lo demás, la propia Audiencia da a entender que tiene por demostrado el hecho causal cuando insiste en que no pueden tenerse en cuenta las exclusiones previstas en la antigua póliza suscrita con «Alianza de Seguros S. A.»; y que, la concretamente alegada (responsabilidad derivada del incumplimiento de normas laborales), literalmente interpretada, podría vaciar de contenido la cobertura de Responsabilidad Civil Patronal, lo que supondría la nulidad del contrato, *ex* artículo 4 de la Ley de Contrato de Seguro. En cualquier caso, hay que subrayar la circunstancia de que esta sentencia admita abierta-

mente la utilización de la teoría de la oportunidad perdida para encarar supuestos de incertidumbre causal distintos de los que se plantean en el ámbito de las profesiones legales y sanitarias(519).

3. LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

3.1. *La pérdida de posibilidades de curación*

3.1.1. *La jurisprudencia de la Audiencia Nacional*

Según parece, la primera sentencia de una Sala Contencioso-Administrativa que ha aplicado abiertamente la teoría de la pérdida de oportunidad en el ámbito de actividades médico-sanitarias es la de la Audiencia Nacional (Secc. 4ª), de 13 de noviembre de 2002 (JUR 2003, 25811). Según la declaración de hechos probados, el recurrente, al perder el conocimiento en abril de 1991, acudió al Servicio de Urgencias de un Hospital de Madrid, indicando a los profesionales que le atendieron que había sufrido un accidente de automóvil. Se consideró que el paciente presentaba irregularidades moderadas relacionadas con el traumatismo producido en el accidente de circulación, sin que se le practicara el TAC que habría podido ofrecer un diagnóstico preciso. Años después, en septiembre de 1998, se repite el episodio de pérdida de conocimiento, por lo que el paciente acude nuevamente a los Servicios de Urgencia, realizándosele esta vez el TAC. La prueba detectó la presencia de un tumor cerebral que hubo de intervenir urgentemente.

El recurrente estima que se produjo una defectuosa atención sanitaria ya que no se realizaron las pruebas periódicas que habrían alertado de la lesión cerebral en la fase inicial de la tumoración. Considera que, dado el lento desarrollo de ésta, si se hubieran realizado tales pruebas, habrían aumentado las posibilidades de curación. La Audiencia, no duda de que se produjo un servicio sanitario deficiente, señalando que «*si bien concurren todos los requisitos que exige la institución de la responsabilidad patrimonial, a la hora de fijar cuantía ha de ponderarse que no son achacables únicamente a la Administración las consecuencias del retraso del tumor (...), a la que cabe imputar no haber efectuado nuevos TAC, ni haber realizado un seguimiento riguroso*». En virtud de lo expuesto, la Sala aprecia que «*frente a los 525.087, 99 € que reclama la parte en sus conclusiones, se considere como cifra razonable de indemnización (...) la cantidad de 150.000 € por la pérdida de oportunidad de haber obtenido una mejor evolución del tumor, y daños de todo tipo incluso morales*».

(519) La SAP Málaga, Melilla, núm. 107/2000 (Secc. 7ª), de 27 de octubre (JUR 2001, 86648) también invoca la pérdida de oportunidad en un supuesto que no es de responsabilidad de profesionales forenses o sanitarios. Se trata, no obstante,

de una confusa mención en un supuesto en que no procedía aplicar la teoría de la *chance*. A esta sentencia nos hemos referido con mayor detenimiento en Cap. I, ap. III.2.1.1.

Según hemos visto, se reconoce el derecho a indemnización pese a faltar la prueba patente de que un diagnóstico tempestivo habría evitado los perjuicios padecidos. Se admite así la resarcibilidad de la oportunidad perdida, dando a entender que este daño es de carácter patrimonial, pues la sentencia distingue este concepto dañoso del perjuicio moral. El cómputo de la indemnización se realiza sin una sujeción estricta a los dos parámetros fundamentales: el valor del daño final, para cuyo cálculo podría haberse utilizado el baremo que se emplea en el ámbito de los accidentes de circulación; ni el parámetro probabilístico que es propio de la teoría de la *chance*. No obstante, la considerable diferencia entre la cantidad solicitada y la finalmente otorgada da a entender que la Sala ponderó unas probabilidades considerables de que nada hubiera cambiado en el caso de que se hubiera detectado a tiempo la tumoración. Hay que tener en cuenta, además, que, según parece, se descontó una parte del valor total de los perjuicios padecidos atendiendo a la cuota de causalidad aportada por el propio perjudicado. El Tribunal consideró que la víctima y la Administración sanitaria concurren en la producción del daño, la primera por inducir a error al señalar en su primera visita a los Servicios de Urgencias que había sufrido traumatismo en accidente de tráfico; y la segunda, por dejar de practicar en las primeras revisiones el correspondiente TAC.

La Sala ha vuelto a aplicar esta doctrina en otras sentencias, como la de 5 de noviembre de 2003 (RJCA 2004, 274) (520). D. Lucas, de 56 años de edad presentaba dolor en el talón derecho, diagnosticándosele un esguince leve causado por la caída sufrida días antes. Posteriormente, ante el progresivo empeoramiento de su salud, acude repetidas veces al Hospital, donde se le diagnostica lumbalgia. Al cabo de unos meses, se detecta un cáncer de pulmón y se le ingresa, pero fallece al día siguiente. La Audiencia estima que *«ha existido un mal funcionamiento del servicio de sanidad en cuanto no se hizo un diagnóstico preciso en un tiempo prudencial»*. En cuanto los daños padecidos, se señalan *«el retraso en el comienzo del tratamiento paliativo, la angustia y sufrimiento adicional ocasionado a la paciente y su familia, impedir una mejor atención al paciente y, por último, una posibilidad muy remota de prolongar la supervivencia»*. A juicio del Tribunal, la curación era *«inalcanzable»* y la supervivencia *«apenas podría haberse prolongado»* porque *«parece acreditado que adelantar el tratamiento no habría supuesto un cambio sustancial»*. No se estima la pretensión de la parte actora de que se le indemnice el daño moral y el lucro cesante derivado de la muerte porque ésta *«no tiene como causa el funcionamiento del servicio público»*. La indemnización ha de atender *«al hecho de permanecer sin tratamiento durante un mes, con la angustia para la paciente y familiares ante el*

(520) Vid. También SSAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Secc. 4ª), de 29 de octubre de 2003 (JUR 2003, 265284); 19 de noviembre de 2003 (JUR 2004, 50528); 1 de diciembre de 2004 (JUR 2005, 231018). Parece acogerla asimismo la sentencia de la misma Sala y Secc. de 24 de noviembre de 2004 (JUR 2005, 213205).

empeoramiento progresivo de su estado de salud y la creencia para éstos de que la demora pudo disminuir la posibilidad de superar la enfermedad». Concluye la Audiencia que «[1] a ponderación de lo indicado lleva a la Sala a cuantificar la indemnización atendiendo las cantidades reconocidas en supuestos similares, en 24.000 euros al cónyuge, y 2000 euros a cada uno de los hijos, con un total de 30.000 euros; cifra que engloba la actualización del daño al día de la fecha».

Es preciso resaltar que, últimamente, la Sala de lo Contencioso-Administrativo ha aplicado la doctrina de la oportunidad perdida con mayor rigurosidad en una serie de casos. Son pronunciamientos que, a la hora de cuantificar el daño que supone la privación de una *chance*, tienen en cuenta el grado de incertidumbre causal, esto es, los elementos que expresan una probabilidad no despreciable de que el padecimiento se hubiera sufrido en cualquier caso. Son sentencias dotadas de una mayor calidad técnica, si bien hay que denunciar, nuevamente, que no realizan un cálculo pormenorizado de los daños padecidos. Además, aunque enumeran los elementos de incertidumbre que hay que aquilatar para determinar el alcance de la indemnización, no aclaran cómo han de ponderarse.

La SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 13 de abril de 2005 (JUR 2005, 277440) declara: *«El paciente no tiene el deber jurídico de soportar (...) el retraso en el diagnóstico que conlleva pérdida de oportunidad (...). A la hora de establecer la cuantía de la indemnización, ha de tomarse en consideración la gravedad de la infección inicial y sus graves consecuencias (...), la falta de concreción del tiempo en que pudo adelantarse el inicio del tratamiento y posibilidades de éxito al combatir tan grave infección que conlleva el elevado índice de mortalidad (...). Valorado lo anterior (...), la Sala considera que debe disminuirse la pretensión indemnizatoria, de modo que (...) se cuantifica en el 50% de lo solicitado».*

La SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 25 de mayo de 2005 (RJCA 2005, 1029) establece: *«En autos la existencia de lesiones no ofrece dudas, la hipótesis se ubica así en si para tal resultado ha tenido alguna relevancia el retraso en dar la baja laboral, y en este sentido considera la Sala que sí aparece una pérdida de oportunidad en cuanto a que el hecho de haber dado con anterioridad la baja o mayor énfasis sobre la conveniencia de no llevar a cabo esfuerzos podría quizás haber retrasado el parto. Respecto de la cuantía de la indemnización, lo cuestionable del momento en que debió darse la baja laboral, y existencia de efectos de la demora en el resultado final, hace que si bien las consecuencias son gravísimas, ha de considerarse que las mismas tienen como causa principal los riesgos que conlleva la gestación y parto de más de dos fetos, cuatro en este caso, y sólo en pequeña medida y en el terreno de la hipótesis que venga propiciada por el hecho de no haber logrado aumentar el período de gestación, de aquí que no quepa establecer una cifra singularizada, si bien producido el fallecimiento de un cuatrillizo y lesiones de los otros tres, junto a las graves consecuencias que su atención representa para la madre (...), vamos a cifrar la indemnización en 60.000 €».*

La SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 2 de noviembre de 2005 (JUR 2006, 122314) establece: *«el daño cuya indemnización procede es el derivado de la pérdida de oportunidad de evitar el resultado lesivo, que como queda dicho llevó a la necesidad de la amputación del miembro afecto y a la situación de*

incapacidad del reclamante, lo que comporta la necesidad de moderar la indemnización reclamada para atemperarla a la verdadera naturaleza y extensión del daño atribuible al funcionamiento del servicio. Todo lo cual, atendidas las circunstancias del concurrentes, conduce a reconocer una indemnización de 101.000 €, para la reparación del citado daño».

La SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 11 de octubre de 2005 (JUR 2006, 122656) declara: *«la Sala ha estimado que en el alta hubo alguna precipitación, y que de ahí pudo derivarse alguna demora en el tratamiento, en tiempo no determinado, que frustró la posibilidad de que la evolución clínica y secuelas hubiera sido más favorable (...). Pues bien, la Sala a la hora de valorar el daño, ante la penuria de elementos probatorios, teniendo en cuenta las cantidades que vienen siendo reconocidas por esta Sala, y que esa mala praxis impidió restaurar con anterioridad el tratamiento adecuado y frustrar alguna expectativa de mejora, va a cifrar el perjuicio en la cifra de 80.000 €».*

La SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 15 de febrero de 2006 (JUR 2006, 119520) señala: *«considera la Sala que sí aparece una pérdida de oportunidad en cuanto a que de haberse intervenido esas horas antes, se habría reducido el riesgo de infección que finalmente resultó letal, por lo que debe estimarse el recurso y proceder a la indemnización (...). La Sala, ponderados todos los elementos, retraso de unas horas en la intervención, deterioro del estado de la paciente en esas horas, posibilidad de reducción del postoperatorio como consecuencia del mejor estado que pudo presentar de haberse intervenido con mayor urgencia, menor riesgo de infección (...), va a fijar la indemnización por responsabilidad patrimonial, acorde con las que vienen reconociéndose en situaciones similares, en la cantidad de 24.000 € (...), ya que frente al hecho de que los postulados anteriores se presentan excesivamente condicionados, la magnitud del hecho que se hubiera podido evitar, el trágico desenlace que supone el fallecimiento de la paciente, hace que no deba reconocerse menor cantidad»(521).*

3.1.2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo

La Sala 3ª del Tribunal Supremo está consolidando una línea jurisprudencial en supuestos de consentimiento informado que se apoya en la teoría de la *chance*, aunque no se invoque explícitamente. Ante la falta de la acreditación de que la víctima habría dejado de intervenir caso de haber conocido los riesgos a los que se exponía y que acabaron desencadenándose, el Tribunal aprecia a veces la existencia de un daño por la pérdida de la posibilidad de decidir. Así, entre otras, las SSTS de 25

(521) No obstante, la sentencia insinúa en otro lugar que no cabe valorar el daño por el sacrificio de una posibilidad seria y real de sobrevivencia con base en criterios de racionalidad objetivables: *«A la hora de efectuar la valoración, la jurisprudencia (SSTS 20 de octubre de 1987; 15 de abril de 1988 ó 5 de abril y 1 de diciembre de 1989) ha optado por efectuar una valoración global que, a tenor de la STS de 3 de enero de 1990, derive de una “apreciación racional aunque no matemática” pues, como refiere la Sentencia del mismo Alto*

Tribunal de 27 de noviembre de 1993, se “carece de parámetros o módulos objetivos” debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones en dicha suma el conjunto de los perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo, como hace la S de 23 de febrero de 1988, “las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas” en una suma dineraria. La STS de fecha 19 de julio de 1997 habla de la existencia de un innegable “componente subjetivo en la determinación de los daños morales”».

de febrero de 2004 (RJ 2004, 3889) y 22 de junio de 2005 (RJ 2005, 5323) (522). Esta última no aprecia la concurrencia del nexo de causalidad, refiriéndose explícitamente a la carencia de informaciones con que asegurar su certeza. Considera, no obstante, que «*la propia ausencia de consentimiento informado (...) origina un daño, con independencia de que el fallecimiento no sea consecuencia del TAC [prueba de diagnóstico] tal como sostiene la Sala a qua y no combate la recurrente en casación, daño consistente en la situación de grave riesgo a que se somete a la paciente atendidas las graves patologías que le afectaban (...). Esa creación de una situación de grave riesgo, decimos, es indemnizable al constituir un daño en sí misma con independencia de que no se estime acreditado el nexo causal entre la citada prueba médica y el resultado de muerte, tal como, repetimos, sostiene la sentencia recurrida sin que la recurrente en casación lo combata*» (523).

En relación con otros supuestos de responsabilidad de la Administración sanitaria por diagnóstico intempestivo de dolencias o enfermedades, hay un conjunto de pronunciamientos recientes que se refieren explícitamente a la teoría de la pérdida de oportunidad. Estas sentencias estiman que la doctrina de la *chance* es inaplicable al caso enjuiciado, pero no porque no tenga cabida dentro del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, sino por falta de culpa o anormalidad del funcionamiento de los servicios sanitarios. De entre estas sentencias, puede destacarse la STS, Sala 3ª, de 13 de julio de 2005 (RJ 2005, 9611). La recurrente ingresó en el Servicio de Urgencias de un Hospital público aquejada de dolor abdominal. Tras varias pruebas y exploraciones, se diagnosticó estreñimiento, realizándose un enema y pautándose otro en domicilio. Ante los persistentes dolores, la enferma acudió al Médico de Cabecera que la remitió al mismo Hospital. Se realizó tacto manual y ecografía, apreciándose la posible existencia de un terotoma de ovario. La tumoración fue posteriormente confirmada en estudio ecográfico. La paciente fue intervenida, practicándosele histerectomía total más anexectomía bilateral y lavado peritoneal. Posteriormente, fue sometida a tratamiento de quimioterapia, cursando alta hospitalaria al cabo de ocho días.

El Tribunal Supremo convalida el razonamiento de la Sala *a qua* conforme al cual procedía desestimar la pretensión resarcitoria por no poder apreciarse el nexo de causalidad entre la actividad médica y los daños padecidos ni aplicarse la teoría de la oportunidad perdida. Según se dice, la patología padecida por la recurrente presentó en un primer

(522) Sobre esta jurisprudencia me ocupo con mayor detenimiento en Cap. VI, ap. III.3.1.

(523) Se ha referido a esta jurisprudencia, J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad...*, cit., p. 494, señalando que «[s]i se acredita que la intervención quirúrgica realizada sin consentimiento informado fue correcta al

no existir otra alternativa terapéutica y ser notorios los riesgos de no llevarse a efecto la misma, la jurisprudencia deniega la indemnización por lesiones corporales, pero sí concede la indemnización por daños morales irrogados por la violación del derecho de autodeterminación».

momento una sintomatología compatible en un 99% con un cuadro digestivo y como tal fue tratada. Añade que no es razonable que una posibilidad entre cien determine necesariamente la práctica de unas pruebas que, en rigor, no estaban indicadas, pues no existía indicio alguno de patología maligna, siquiera sospechosa, o de enfermedad intercurrente. Consecuentemente, se estima que no puede apreciarse error de diagnóstico, pues éste se realizó correctamente en función de los conocimientos médicos en relación a la patología padecida. El Alto Tribunal concluye que *«para que la pérdida de oportunidad pueda ser apreciada, consideramos que de lo actuado debe deducirse ello de una situación relevante, bien de la actuación médica, que evidencia mala praxis o actuación contra protocolo, bien de otros extremos como pueda ser una sintomatología evidente indicativa de que se actuó mal, incorrectamente o con omisión de medios lo que no ocurre en el caso enjuiciado»*.

El criterio del Tribunal parece acertado, pues, de conformidad con el artículo 139 LPC, la Administración sanitaria ha de incurrir en responsabilidad en los solos casos en que quede acreditada la culpa individual del profesional sanitario o de la organización hospitalaria en su conjunto; y no parece que estas circunstancias se den en el caso (524). Ahora bien, habrían de separarse más claramente el plano de la causalidad y el de la culpa. En relación con el primero, hay que admitir que, si los servicios sanitarios hubieran identificado correctamente la enfermedad desde el principio, era probable que los daños psicofísicos padecidos se evitaran total o parcialmente. Si esa probabilidad era alta, debió afirmarse la concurrencia del nexo causal; si era baja, debió negarse; y si era simplemente seria y real, pudo aplicarse la doctrina de la pérdida de oportunidad. No obstante, parece que el diagnóstico adecuado no podía exigirse con la prontitud que hubiera podido evitar el daño o disminuir su alcance. Hay, pues, que convenir con el Alto Tribunal en que la Admi-

(524) Esto porque, a mi juicio, en los supuestos de diagnóstico erróneo o extemporáneo, no operan los criterios de imputación subjetiva que, distintos de la culpa, pueden justificar el surgimiento de la responsabilidad patrimonial por el *normal* funcionamiento del servicio público. Tales criterios tienen un ámbito circunscrito de aplicación, a diferencia de la culpa, que puede aplicarse en todos los demás casos. El riesgo creado sirve para imputar subjetivamente los daños que causa la Administración en el marco de actividades especialmente arriesgadas o peligrosas; el sacrificio especial se utiliza para imputar los daños que se imponen a un sujeto en aras del interés general; y el incumplimiento se maneja para trasladar al patrimonio de la Administración los daños derivados de la infracción de obligaciones o deberes espe-

cíficamente impuestos frente a un interesado (*v. gr.* el deber adoptar una resolución conforme a Derecho —la ilegalidad—; el deber de definir el procedimiento dentro del plazo fijado —la morosidad— o el de evitar las conductas incoherentes que puedan defraudar la confianza objetivamente depositable en conductas precedentes —la deslealtad—). La actividad médico-sanitaria a la que nos referimos no presenta las notas definitorias de los sectores en que se aplican los factores de atribución aglutinados en la referencia legal al funcionamiento normal de los servicios públicos, por lo que ha de regirse por el criterio culposo, que funciona como cláusula residual o regla de cierre. Esta sumaria explicación se encuentra más desarrollada en L. MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad...*, cit., pp. 212-219.

nistración no incurrió en responsabilidad, pero no porque no causara el daño o dejara de privar de una posibilidad seria y real de curación, sino porque falta la culpa o anormalidad del funcionamiento de los servicios sanitarios. Consecuentemente, el Tribunal Supremo pudo afirmar sin empacho que la Administración fue causante material de los daños o que sacrificó una posibilidad real de curación; y, al mismo tiempo, exonerarla de toda responsabilidad porque tales circunstancias carecen de relevancia si falta uno de los presupuestos establecidos en el artículo 139 LPC: la presencia de un criterio de imputación subjetiva inequívocamente recogida en la distinción legal entre supuestos de responsabilidad por funcionamiento normal y supuestos de responsabilidad por funcionamiento anormal. Al margen de esta cuestión, la sentencia es de la mayor relevancia, pues constituye un exponente de la nueva línea jurisprudencial de la Sala 3ª del Tribunal Supremo que, susceptible de aplicación fuera del estricto ámbito correspondiente a la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, acoge expresamente la doctrina de la oportunidad perdida si hay elementos *relevantes* de culpa o anormalidad en el funcionamiento de los servicios públicos(525).

3.1.3. La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia

El TSJ del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo), en sentencias núm. 1205/2001 de 14 de diciembre (JUR 2002, 84276), y núm. 525/2005, de 3 de junio (JUR 2005, 207921), ha resuelto dos asuntos en que se reclamaban, respectivamente, la reparación de «la pérdida de oportunidad de salvar un riñón» y la de la «pérdida de una oportunidad vital» derivadas del retraso en el diagnóstico y tratamiento adecuado de determinadas patologías. En ambos casos, el Tribunal desestima el recurso por ausencia de anormalidad en el funcionamiento de los servicios sanitarios sin pronunciarse explícitamente en torno a la doctrina de la pérdida de oportunidad y su validez como técnica compensatoria en supuestos de incertidumbre causal. En cambio, se posiciona claramente a favor de la teoría de la oportunidad perdida la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid.

La STSJ de Madrid de 31 de enero de 2006 (JUR 2006, 120373) trae causa de la intervención quirúrgica de pertrocanterea de la cadera

(525) El mismo criterio se encuentra en la STS, Sala 3ª, de 15 de enero de 2004 (RJ 2004, 4622). La STS de 7 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 8846) se muestra, en principio, menos favorable a la teoría de la pérdida de oportunidad: «el recurrente no cuestiona la afirmación de la sentencia recurrida acerca de la falta de prueba, que correspondía al recurrente, sobre la existencia del nexo causal entre la actuación médica y el definitivo fallecimiento de la paciente, sino que se limita a exponer una doctrina que denomina de la pérdida de

oportunidad». El Tribunal reduce la teoría a una doctrina que el recurrente «denomina de la pérdida de oportunidad». Sin embargo, da a entender que conoce y admite su utilización al señalar que «no es aplicable al caso de autos la doctrina sobre pérdida de oportunidad consistente en el reconocimiento del derecho a que se declare la responsabilidad patrimonial por la privación de un tratamiento cuya eficacia no está absolutamente acreditada por causas imputables al personal sanitario».

derecha realizada en julio de 2000 al esposo de la recurrente, D. Cornelio. Durante el postoperatorio sufrió diversas infecciones, una de las cuales agudizó la enfermedad pulmonar obstructiva crónica que ya padecía. En agosto, el enfermo fue trasladado a otro hospital, donde recibió tratamiento. Pasado algo más de un mes, fue dado de alta con el juicio clínico de insuficiencia respiratoria y la prescripción de oxigenoterapia domiciliaria continua durante al menos 17 horas diarias. El 11 de noviembre, el paciente solicitó consulta médica en el Servicio de Geriátrica del Hospital en que tuvo lugar la operación. La cita se señaló inicialmente para el día 4 de enero de 2001, pero fue postergada al 25 del mismo mes. Antes de que llegara esta fecha, el 13 de enero, D. Cornelio falleció con 74 años de edad por la mencionada enfermedad pulmonar. La demandante alega que si la consulta geriátrica no se hubiera retrasado, habría podido instaurarse un tratamiento adecuado y, quizá, evitarse el inmediato fallecimiento. De este modo, se solicitaba la aplicación en el caso de la doctrina de la oportunidad perdida con invocación expresa de la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

A juicio del TSJ, *«en el presente caso no es de aplicación la referida doctrina de la pérdida de oportunidad»* porque ésta *«exige que la oportunidad sea claramente determinante de un tratamiento distinto que hubiese puesto remedio a la situación del paciente»*. Se dice que *«[l]ejos de obtenerse en vía probatoria esa clase de oportunidad, lo que se ha obtenido es que las numerosas dolencias tuvieron el tratamiento adecuado; que para esa larga serie de dolencias no existen otros remedios que los que se le proscribieron; que entre el día 4 de enero, para el que se le citó originariamente, y el siguiente día 13 en que falleció, no consta agravamiento alguno, para cuya eventualidad podría haber acudido al centro de salud, a urgencias hospitalarias, a las visitas domiciliarias y el médico de familia; que no es previsible que para sus numerosas dolencias se le fuera a prescribir otros tratamientos; y, finalmente, que la muerte, probablemente súbita podría haber ocurrido igualmente antes y después de la consulta; consulta cuya proposición no pertenece al nexo causal fallecimiento»*.

Parece que el criterio del Tribunal es correcto y coherente con una adecuada comprensión de la teoría de la *chance*. En el caso, eran nulas o escasas las probabilidades de que, manteniendo la consulta en la fecha originariamente fijada, se hubiera evitado el fallecimiento. Se está pues, ante una posibilidad genérica, ilusoria, no ante la oportunidad seria y real que habilita el resarcimiento. Lo interesante es que el Tribunal rechaza aplicar la teoría de la *chance* no porque la estime contraria al régimen legal de responsabilidad patrimonial, sino porque no se cumplen sus presupuestos, particularmente el requisito de que la incertidumbre causal sea estricta o, lo que es lo mismo, que las posibilidades de evitación del menoscabo sean serias y reales.

La teoría de la oportunidad perdida ha sido efectivamente aplicada

en la STSJ de Madrid en sentencia núm. 156/2006, de 2 de febrero (RJCA 2006, 383). Se corresponde con el recurso interpuesto contra la desestimación presunta de la reclamación de indemnización por responsabilidad patrimonial presentada por la esposa de un fallecido en un Hospital público de la Comunidad de Madrid. Los hechos traen causa del TAC abdomino-pélvico realizado al paciente el 9 de noviembre de 2000, del que resultó un diagnóstico de posible Ateromatosis-aórtica, es decir, placas obstructivas de la aorta abdominal. Ante el muy grave diagnóstico, era urgente la realización de una arteriografía para descartar patología vascular intestinal. Sin embargo, se dio el alta por no poderse realizar dicha prueba como consecuencia de un incendio en la Sala de Radiología Intervencionista. La realización de la radiografía quedó pendiente hasta la confirmación de esta posibilidad en otro hospital. La prueba se llevó finalmente a cabo el 20 de enero de 2001. Se llegó al diagnóstico final de isquemia mesentérica crónica, que fue intervenida quirúrgicamente. El paciente falleció por fracaso multiorgánico el 22 de enero siguiente.

El Tribunal se basa en el informe médico pericial para afirmar que *«no se actuó con la diligencia debida»*. Apreciada la culpa, se señala en relación con el elemento causal que *«las probabilidades de supervivencia hubieran sido mayores de haberse establecido el diagnóstico con mayor precocidad, lo cual hubiera sido posible si se hubiera realizado la arteriografía ese mismo día, y aunque el tratamiento quirúrgico se instituyó de forma urgente (20 de enero de 2001), las posibilidades de supervivencia eran escasas dada la severidad de las lesiones isquémicas y del deterioro nutricional»*. Ante estas probabilidades, el TSJ no aprecia la existencia del nexo causal, pero sí que hay una *«pérdida de oportunidad en el diagnóstico por falta de medios en el Hospital»* que *«debe ser asumida por la Administración, aunque el desenlace pudiera haber sido el mismo con un mes de diferencia por lo que concurren los presupuestos para la aplicación del artículo 139 de la Ley 30/92»*. Al abordar la cuestión del *quantum* indemnizatorio, reduce la cantidad de 360.000 € solicitada a 36.000 €. Parece que se ponderó una probabilidad causal del 10% para valorar el daño por la pérdida de la oportunidad de supervivencia. No obstante, la sentencia no explicita el criterio conforme al cual se calcula esta indemnización, y añade que la privación de una posibilidad constituye un daño moral, *«concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás»*, que se valora mediante *«una apreciación racional aunque no matemática»*, pues *«se carece de parámetros o módulos objetivos»*.

3.2. La pérdida de una posibilidad de éxito en procedimientos administrativos

Por el momento, los jueces y tribunales de lo contencioso-administrativo se muestran poco proclives a acudir a la noción de oportunidad perdida fuera del ámbito médico-sanitario. En alguna ocasión, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre asuntos que podrían, quizá, concebirse como

hipótesis de *chance* de acto favorable, sin que haya aplicado a éstas la doctrina que ha consolidado ya para los oportunidades frustradas de curación o supervivencia. Así, en la sentencia de 31 de mayo de 2006 (JUR 2006, 181698), que rechazó indemnizar «la pérdida de la oportunidad» de realizar la compraventa que fue ilegalmente prohibida por el Delegado del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Melilla(526).

No obstante, hay una línea jurisprudencial de la Audiencia Nacional favorable reconocer el carácter resarcible de una *chance provvedimentoale*, según la denominación italiana(527). Exponente de esta tendencia es la sentencia de 8 de junio de 2006 (JUR 2006, 177226), que declara expresamente el carácter indemnizable de la oportunidad laboral o, en francés, *chance d'avancement*(528). Según el muy parco relato fáctico de la sentencia, la Sra. X fue privada indebidamente de una plaza de funcionario, por lo que no pudo participar en los sucesivos concursos con los que habría elevado su categoría profesional. La sentencia no aclara cuál fue la razón de esa privación, aunque sí puntualiza que la propia Administración, al resolver la reclamación indemnizatoria de la actora, asumió la existencia de un funcionamiento anormal y estableció una indemnización de 3.000 € en concepto de daños morales. Disconforme con esta cantidad, la Sra. X acudió a la Audiencia Nacional que, desestimó el recurso. Lo interesante es que, a juicio de este Tribunal, «la pérdida de oportunidad que ello supuso es lo que integra los daños morales indemnizados», precisando que «nada de lo actuado permite avalar una cantidad económica en la extensión pretendida por el recurrente». El elemento de incertidumbre que impide en este caso la afirmación del nexo de causalidad, pero habilita la entrada en juego de la técnica de la oportunidad perdida, es la circunstancia de que «naturalmente la participación del recurrente en esos concursos no hubiera garantizado que necesariamente todos ellos le hubieran sido adjudicados» o, mejor, que «quizás ninguno». La Audiencia se refiere a un concurso en el que la actora se presentaba *a priori* con mayores posibilidades de éxito por cumplir el requisito de haber desempeñado la plaza en propiedad durante un período mínimo de tiempo. Señala que ni siquiera en éste puede asegurarse que la víctima habría obtenido la resolución favorable porque «el centro gravitatorio del concurso era triple: la valoración de los méritos baremados, la exposición pública ante el Tribunal con lectura de una memoria explicativa (...) y una prueba práctica, y todo ello sujeto a una posterior evaluación continua en el desempeño del puesto».

La parte III de esta investigación se consagra a este género de su-

(526) Esta sentencia se comenta con cierto detenimiento en Cap. IX, ap. II.3.2.3.

(527) Hay también algunas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que, sin mencionar la doctrina de la oportunidad perdida, libran cantidades reducidas

ante la falta de acreditación del nexo causal. Así, la STSJ de Aragón núm. 71/1997, de 1 de febrero (RJCA 1997, 1221), comentada en Cap. IX, ap. II.4.2.

(528) También la SAN de 26 de octubre de 2001, comentada en Cap. IX, ap. II.4.2.

puestos, tratando de aportar los ingredientes de racionalidad con que resolver cuándo procede afirmar el nexo causal y condenar a la Administración a la íntegra reparación del daño padecido; descartar su existencia y exonerar por completo de responsabilidad; o apreciar la seriedad de unas posibilidades que dan derecho a una indemnización parcial de la que se descuenta un cupo proporcionado a la probabilidad de que el interesado hubiera dejado de obtener la resolución favorable en todo caso.

3.3. *La pérdida de oportunidades procesales*

La SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 3ª), de 16 de marzo de 2006 (JUR 2006, 118049), ha entendido que son «*meras especulaciones o expectativas*» que no dan derecho a compensación las posibilidades de que hubiera sido estimada una reclamación resarcitoria articulada en un proceso penal, de haberse realizado el informe médico-forense que habría esclarecido las circunstancias de una muerte. Había existido un funcionamiento anormal por la dilación injustificada de dicho informe, «*configurado como presupuesto para la resolución judicial del caso, de tal manera que cuando se produce el mismo resulta inviable, por infructuosa realización de una prueba –necropsia– que se representaba como apta, de cara a concretar la causa de la muerte*» y, por ende, para la determinación de la responsabilidad penal y civil del imputado frente a la recurrente. La Audiencia estima, en principio, que «*la pérdida de una posible condena patrimonial*» puede configurarse como un daño moral resarcible. Pero finalmente considera que procede desestimar el recurso interpuesto contra el acto negativo del Ministerio de Justicia, por considerar que el daño se refería a «*meras expectativas, como ganancias dudosas o hipotéticas, que aun posibles aparecen derivadas de resultados inseguros, centradas en este caso en que una autopsia hubiera servido de base para un pronunciamiento penal que concluyese con sentencia indemnizatoria*».

Podría compartirse el criterio de la Audiencia en cuanto a que no hay en el caso enjuiciado responsabilidad patrimonial, si de la valoración de las probabilidades de prosperabilidad de las acciones penal y civil acumulada, caso de no haberse producido el hecho ilícito, se derivara que no hubo nexo de causalidad o que las posibilidades con que contaba la recurrente eran nulas o escasas. Sin embargo, la argumentación de la Audiencia Nacional resulta un tanto confusa y da a entender que el concepto de oportunidad perdida no es admisible dentro del sistema de responsabilidad patrimonial⁽⁵²⁹⁾. Lo curioso es que la Administración del Estado indemniza voluntariamente con suma frecuencia el daño que

(529) Parecido criterio ha sido adoptado en la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 3ª), de 25 de septiembre de 2003 (JUR 2004, 47882). Sobre la teoría de la irresarcibilidad de la expecta-

tiva, basada en la confusión de la tutura resarcitoria con la muy distinta tutela restitutoria, Cap. VIII, ap. III y Cap. IX, aps. II.3.1, *in fine*, II.3.2.1, II.5.3 y II.5.4.

representa la pérdida de una oportunidad procesal. Lo hace algunas de las veces en que hace suyos los razonamientos contenidos en los informes favorables emitidos por el Consejo de Estado ante las reclamaciones que se interponen por la anormalidad del funcionamiento de la Administración de Justicia. Según veremos a continuación, el Alto órgano consultivo ha tomado del TEDH la doctrina de la oportunidad perdida para utilizarla en dictámenes referidos a este tipo de supuestos. De estos y otros Dictámenes me ocupo a continuación.

III. La doctrina legal del Consejo de Estado

1. PLANTEAMIENTO

Los informes del Consejo contienen un muy importante cuerpo de doctrina que, estrechamente ligado a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, contempla la resarcibilidad de la pérdida de oportunidad. Es preciso advertir, no obstante, que la teoría de la oportunidad perdida, tal y como la entiende el Consejo de Estado, carece de los rasgos que de ordinario definen su contenido y ámbito de aplicación. Según veremos, algunas veces se maneja en supuestos que, en rigor, caen fuera de su órbita aplicativa y sin sujeción al cálculo de probabilidad como parámetro de valoración. Otras, deja de emplearse pese a darse los elementos de incertidumbre que podrían propiciar su utilización.

2. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDADES LABORALES

El Dictamen núm. 221/1994, de 28 de abril es un buen ejemplo de aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad directamente inspirada en la jurisprudencia del TEDH. Se trata de una manifestación de la utilización abusiva (por defecto) de la figura de la *chance* perdida, al resarcirse como tal lo que constituía un lucro cesante acreditado. Según parece, debió reputarse que el daño padecido era cierto y efectivo, pues había elementos suficientes con que afirmar su ligazón causal con el funcionamiento anormal del servicio. En lugar de ello, el Consejo de Estado se atuvo a la *chance* para reconocer el derecho a una cantidad notablemente inferior.

El asunto informado se refiere a un ciudadano francés que, después de haber realizado estudios de lengua española en Francia y en España así como estudios empresariales también en España, llegó a un acuerdo con una empresa informática con sede en Sevilla, en virtud del cual percibiría por sus servicios laborales una remuneración anual de 2.800.000 Ptas., además de recibir una participación del 10% en el capital de la sociedad titular. Suscrito el precontrato, la firma del contrato definitivo quedaba condicionada a que obtuviera el permiso de trabajo y la tarjeta de residencia en España. Teniendo solicitadas esas autoriza-

ciones (aunque no obtenidas), el reclamante viajó a España para iniciar su período de prácticas, pero fue detenido en la frontera porque había una orden de detención preventiva cursada por un Juzgado de Instrucción de Barcelona, que tramitaba contra él (aparentemente) un procedimiento por delito de robo cometido el día 21 de junio de 1989. Tras permanecer detenido cuatro días, fue puesto en libertad, porque, al realizarse la prueba de identificación dactiloscópica, se comprobó que las huellas del presunto autor del hecho delictivo no se correspondían con las del detenido. Además, éste acreditó que el día 15 de febrero de 1989, estando precisamente en Barcelona, había sufrido la sustracción de su documentación personal (pasaporte, documento nacional de identidad y carnet de conducir) y que lo había denunciado en una Comisaría y ante el Consulado de su país. Después se comprobó que el supuesto autor de dicho delito era un ciudadano libanés que utilizaba la indicada documentación. Una vez puesto en libertad, reanudó su viaje a Sevilla, donde realizó las prácticas de trabajo con el resultado positivo que dio lugar a la suscripción del precontrato señalado. Sin embargo, el día 16 de noviembre de 1990 fue expulsado del territorio español por orden del Gobierno Civil de Barcelona de 26 de julio anterior, sin que, en esa ocasión, se realizara la prueba de identificación dactiloscópica que habría permitido comprobar que, aunque a su nombre, la orden de expulsión iba dirigida verdaderamente contra el ciudadano libanés. La orden no fue revocada hasta el día 28 de marzo de 1992, en que se esclareció definitivamente la verdadera identidad del presunto delincuente. Promovida reclamación al Ministerio del Interior por el funcionamiento anormal de los servicios policiales (primero por la detención y después por su expulsión del territorio español), el perjudicado solicitó una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, que concretaba en 20.000.000 Ptas., de las que correspondían 10.000.000 Ptas. por los daños morales producidos durante los 4 días en que estuvo detenido, 7.266.672 Ptas. por los daños morales causados durante los 16 meses en que no pudo residir en territorio español (desde el 16 de noviembre de 1990 hasta el 27 de marzo de 1992) y 2.733.328 Ptas. por los perjuicios salariales correspondientes a la suma que habría percibido por su trabajo en Sevilla durante aquellos 16 meses. El Consejo de Estado consideró que el reclamante no llegó a adquirir derecho laboral alguno, pues era exclusivamente titular de una expectativa, habida cuenta que la prestación de los servicios laborales había quedado condicionada a la obtención del permiso de trabajo y residencia que tenía solicitados, por lo que no podía entenderse que se produjera un lucro cesante, sino sólo una «pérdida de oportunidades laborales reales» que debían ser valoradas en términos de equidad. A tal efecto, invocando la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, estimó que el interesado debía ser indemnizado en la suma total de 2.000.000 Ptas., sin perjuicio de la cantidad que pudiera corresponderle por los daños causados como consecuencia de los 4 días de prisión preventiva.

Debe recalcarse que el perjudicado contaba con un precontrato laboral, obtenido después de haber superado positivamente el período de prácticas, y que la obtención de los permisos de trabajo y residencia que condicionaban el concierto del contrato definitivo no ofrecía especial dificultad habida cuenta de su condición de ciudadano de un Estado de la Comunidad Europea⁽⁵³⁰⁾. Esto supone que, de acuerdo con el curso normal de los acontecimientos (*id quod plerumque accidit*), había una altísima probabilidad de que, de no haber mediado la expulsión, el perjudicado habría suscrito el contrato previsto, por lo que sufrió, en realidad, la pérdida de las ganancias que tal contrato le habría reportado y no la mera posibilidad de obtenerlas. Pero, situados en la tesitura de aceptar que la doctrina de la pérdida de oportunidad fuera aplicable, debió cuantificarse el grado de probabilidad favorable, sin refugiarse en un mero criterio de equidad que, en el mejor de los casos, debe utilizarse como un mecanismo subsidiario. En este sentido, fijado el importe del lucro pretendido en 2.733.328 Ptas. y fijado el de la indemnización propuesta en 2.000.000 Ptas., hay que pensar, en principio, que se consideró preponderante el grado de probabilidad favorable. Mas ello no es así, porque hay que tener en cuenta que, en este concreto caso, se había producido un inequívoco perjuicio moral, por el hecho en sí de la irregular expulsión, mantenida durante 16 meses y por el que el perjudicado había reclamado 7.266.672 Ptas., sin que el Consejo de Estado lo tome en consideración, pues se abstiene de hacer la más mínima referencia a él (ni para reconocerlo, ni para desconocerlo). Pongáse que en este caso había ese daño moral, que es inherente a la injustificada expulsión, privando al perjudicado de su derecho a residir en territorio español y que había, además, los perjuicios económicos laborales de tipo consecuencial. Adoptada esta perspectiva, la indemnización propuesta parece verdaderamente escasa, primero, en términos cualitativos (al omitirse el resarcimiento por el daño moral) y, después, en términos cuantitativos (al repararse como chance un daño material que era constitutivo de un lucro frustrado; y al realizarse sin sujeción a un estricto cálculo de probabilidad).

3. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDADES PROCESALES

La mayor parte de la doctrina legal del Consejo de Estado sobre *chances* frustradas se refiere a lo que, según la denominación del propio Consejo, se conoce como pérdida de oportunidad procesal. Son supuestos en que, tramitado un procedimiento penal, el perjudicado se ve privado de la posibilidad de que se examine el fondo de la acción penal ejercitada y, por tanto, también el de la acción civil acumulada, por haberse producido la prescripción del ilícito penal debido a una prolon-

(530) Según se ocupa de resaltar con amplitud el propio Consejo de Estado en su Dictamen.

gada paralización de las actuaciones, expresiva de un anormal funcionamiento de la Administración de la Justicia.

El Dictamen 35/1999, de 18 de marzo, corresponde a un supuesto en que, tramitado juicio de faltas por lesiones imprudentes causadas por la mordedura de un perro, el Juzgado de Instrucción núm. 32 de Madrid dictó sentencia por la que condenó a la denunciada, propietaria del animal, a una concreta pena, con la obligación de indemnizar al perjudicado en 325.000 Ptas. por sus daños y perjuicios. Emplazadas las partes para comparecer ante la Audiencia Provincial de Madrid (Secc. 6ª) en 18 de marzo de 1992, los autos fueron elevados a ella casi cuatro años después –en febrero de 1996–, dando ello lugar a que recayera sentencia en 21 de marzo siguiente por la que, apreciándose que la falta había prescrito por la prolongada paralización del procedimiento (más de dos meses), se revocó la sentencia recurrida y se absolvió a la denunciada, quedando expedita para el perjudicado la posibilidad de ejercitar su acción resarcitoria en el orden jurisdiccional civil. Formulada reclamación al Ministerio de Justicia y tramitado el expediente sobre responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, el Consejo de Estado dictaminó que el perjudicado había sufrido un daño consistente en la «*pérdida de la oportunidad procesal*», es decir, en la frustración de la posibilidad de que el fondo del asunto, tanto en su aspecto penal como en su aspecto civil, se resolviera en la vía penal. Al formular su propuesta de valoración, invocan la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo que, dentro del marco normativo proporcionado por el artículo 50 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, «*cuantifica la pérdida de la oportunidad procesal en el coste de la eventual reclamación en vía civil*». Puntualiza que, «*no existiendo datos en el expediente acerca del presumible coste de ejercicio de la acción civil en el pertinente proceso, parece razonable, atendiendo a la cuantía de la eventual reclamación y de las probabilidades de su estimación*(531)», estimar la indemnización en 200.000 Ptas.

El Dictamen 3423/1999, de 22 de diciembre, corresponde a un supuesto en que, deducida en 30 de abril de 1999 querrela criminal por supuestos delitos de estafa y falsedad, e incoado el correspondiente sumario por el Juzgado de Instrucción núm. 10 de Madrid, una vez concluso en 30 de mayo de 1983, permaneció paralizado durante seis años, dando lugar a que en 15 de noviembre de 1999 la Audiencia Provincial declarara extinguida por prescripción la eventual responsabilidad penal de los acusados, quedando a salvo la acción civil del querellante para ejercitarla ante la jurisdicción civil. Pese a apreciarse la pasividad procesal de la parte reclamante que, durante casi diez años, no tuvo ningún contacto con el procedimiento, el Consejo de Estado aprecia que hubo un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y que el reclamante sufrió un perjuicio consistente en la «*pérdida de oportunidad procesal*», proponiéndose que se le indemnizara en la cuantía de 100.000 Ptas., teniendo en cuenta la actuación nada diligente del propio reclamante (conurrencia de causas dañosas).

(531) Como veremos después, la referencia a las probabilidades de éxito en la acción civil a ejercitar en la vía civil, para erigirlas en parámetro con el que medir el

valor de la pérdida de oportunidad procesal, implica introducir en la valoración del daño un elemento que es consustancial a la figura de la *chance*.

El Dictamen 3425/2000, de 14 de diciembre, corresponde a un supuesto en que, incoado juicio de faltas por lesiones y daños causados en accidente de circulación, el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Motril dictó en 3 de mayo de 1993 auto de archivo provisional por no haber denuncia del perjudicado, sin que se registrara hasta el 18 de septiembre de 1996 la denuncia que en 16 de abril de 1993 había formulado el perjudicado. Vista entonces la denuncia, se dictó en 15 de enero de 1997 auto de archivo definitivo, al estimarse que se había producido la prescripción extintiva de la acción penal por la prolongada paralización de las actuaciones. Formulada reclamación al Ministerio de Justicia, en cuantía de 504.590 Ptas., y tramitado el expediente sobre responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, el Consejo de Estado dictaminó que el perjudicado había sufrido un perjuicio consistente en la *«pérdida de oportunidad procesal»*, al quedar extinguida la acción penal que pretendía ejercitar y al no poder obtener en el proceso penal una declaración sobre la responsabilidad civil. Se señala que, aunque el perjudicado podía ejercitar esta segunda acción ante la jurisdicción civil, había quedado en una situación peor, al menos por el tiempo transcurrido, sufriendo así un empobrecimiento que debía ser objeto de compensación. Al formular su propuesta de valoración, con invocación de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (que, dentro del marco normativo proporcionado por el artículo 50 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuantifica la pérdida de la oportunidad procesal en el coste de la eventual reclamación en vía civil y no en el importe de la indemnización que pretendía reclamar el perjudicado al conductor denunciado) se estimó razonable que, a falta de otros elementos probatorios sobre el previsible coste del ejercicio de la acción civil en el proceso pendiente y, atendiendo a la cuantía de la eventual reclamación, se fijara la indemnización en 100.000 Ptas.(532).

El Dictamen 2043/2002, de 26 de septiembre, corresponde a un supuesto en que, tramitada reclamación en la vía laboral, ante el Juzgado de lo Social núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife, en el acto del juicio, celebrado el día 15 de marzo de 1988, la empresa demandada aportó una baja voluntaria del demandante y un finiquito supuestamente firmado por él, dando lugar a que éste formulara querrela criminal por falsedad de documento privado, por lo que quedó suspendido el procedimiento laboral. Incoado el procedimiento penal en un Juzgado de Instrucción de Santa Cruz, la causa permaneció paralizada durante más de ocho años, hasta el día 23 de abril de 1998, en que se dictó auto que declaró prescrita la acción penal, con reserva de las acciones civiles al perjudicado, siéndole notificada esta resolución el día 24 de abril de 1999. Levantada así la suspensión del juicio laboral, éste fue resuelto por sentencia de 15 de noviembre de 2000, que desestimó la demanda, siendo confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala de lo Social), mediante sentencia de 23 de abril de 2001. Formulada reclamación ante el Ministerio de Justicia por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, con una pretensión concretada en 1.117.492 Ptas., equivalente a la indemnización solicitada en el juicio laboral, el Consejo de Estado dictaminó que efectivamente tenía que

(532) En este caso, se prescinde del parámetro probabilístico.

acogerse la reclamación, pero que, en cuanto a la indemnización, no estaba acreditado que, de haberse tramitado con normalidad el proceso penal, se hubiera apreciado la comisión del delito atribuido al querellado, con el efecto de que se hubieran acogido en la vía laboral sus pretensiones, dado que, en este proceso el reclamante pudo acreditar los hechos a los que se refería la querella. De esta manera, pero sin pronunciarse sobre la naturaleza y significación del perjuicio producido al declararse prescrita la acción penal, aceptó la propuesta del funcionario instructor en el sentido de que se indemnizara al reclamante en la suma de 601 €. Es claro que se ponderó que el daño sufrido había consistido en la pérdida de la oportunidad procesal, con la que contaba el reclamante en cuanto a que la presunta falsedad del finiquito se hubiera estudiado en la vía penal, obligándole a que intentara acreditar tal circunstancia en el juicio laboral(533).

El Dictamen núm. 1582/1999, de 24 de junio, corresponde a un supuesto en el que, tramitado en el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Coslada expediente de juicio de faltas por lesiones imprudentes causadas en accidente de circulación acaecido el día 24 de diciembre de 1991, la inactividad procesal dio lugar a que el Juzgado dictara en 11 de febrero de 1994 auto que declaraba prescrita la supuesta falta. Seguidamente, el Juzgado dictó el auto que previene la legislación especial del automóvil y fijó que el perjudicado podía reclamar en vía ejecutiva a la aseguradora del vehículo del denunciado la suma máxima de 9.610.000 Ptas. por lesiones temporales y permanentes. Promovido juicio civil por el perjudicado, el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Coslada dictó sentencia de 28 de julio de 1995, por la que, con estimación parcial de la demanda, condenó a la aseguradora demandada a abonar al demandante 8.768.000 Ptas. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes y recibido el procedimiento por la Audiencia Provincial de Madrid (Secc. 6^a), los autos fueron tirados a la basura (*«por error involuntario de la persona encargada de la limpieza»*), por lo que hubo de procederse a su reconstrucción y, tras ello, se dictó sentencia en 28 de julio de 1995, por la que la aseguradora demandada fue condenada a abonar un principal indemnizatorio de 2.000.000 Ptas., más un recargo de intereses del 20% anual, devengado desde la fecha del siniestro. Tramitada reclamación ante el Ministerio de Justicia por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, debido a los retrasos señalados de tramitación, el Consejo de Estado apreció que en la fase penal el reclamante había sufrido efectivamente una pérdida de la oportunidad procesal de que fuera examinado el fondo de las acciones (penal y civil) que quería ejercitar; y, a los efectos de cuantificar este perjuicio, señaló que uno de los diversos criterios a tener en cuenta es el acogido por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, en función del coste de la eventual reclamación en vía civil, pero no el montante económico de la pretensión indemnizatoria a la que aspiraba el reclamante, por lo que propuso valorar tal perjuicio en 200.000 Ptas. En lo que refiere a la indebida dilación del procedimiento civil, señaló que la misma no produjo al perjudicado daño alguno, pues, antes bien, el retraso

(533) En todo caso, parece dudoso que el reclamante hubiera contado con la posibilidad de acreditar la falsedad del finiquito dentro del juicio laboral, habida cuenta que éste ya se había celebrado y que

había quedado suspendido, en cuanto al dictado de la sentencia, debido precisamente a la formulación de la querella criminal.

en la solución del procedimiento le benefició, al percibir unos intereses devengados, durante todo ese tiempo, al tipo del 20% anual, por la aplicación de la disposición adicional 3ª de la LO 3/89, de 21 de junio(534), de modo que, de haberse causado un perjuicio por la dilación indebida, lo habría sufrido la aseguradora demandada y no el demandante.

El Dictamen 857/2001, de 21 de junio, corresponde a un supuesto en el que, tramitado expediente de juicio de faltas seguido por lesiones imprudentes producidas en accidente de circulación acaecido el día 6 de febrero de 1988, tras una serie de vicisitudes procesales, se celebró el juicio el día 29 de junio de 1995. El 18 de abril de 1987 recayó sentencia, que apreció que, habiendo estado paralizado el procedimiento en tres ocasiones por tiempo superior a dos meses (sin computar un cuarto período, que es el que tardó el Juzgado en dictar la sentencia), se había producido la prescripción de la posible falta, por lo que se absolvió al denunciado, siendo confirmada tal resolución por la Audiencia Provincial mediante sentencia de 4 de septiembre de 1997. En el acto del juicio, el reclamante había solicitado una indemnización por lesiones temporales y permanentes de 39.477.500 Ptas. Después de estar resuelto el recurso de apelación señalado, llegó a un acuerdo con la aseguradora del vehículo del denunciado, a virtud del cual percibió 12.544.000 Ptas., renunciando al ejercicio judicial de las acciones que pudieran corresponderle. Promovido expediente sobre responsabilidad patrimonial del Estado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, el Consejo de Estado dictaminó, tras el análisis pormenorizado de las circunstancias habidas en el caso, que efectivamente se había producido ese funcionamiento anormal. En cuanto al daño, señaló que éste se concretaba en una pérdida de oportunidad procesal, en relación con el frustrado proceso penal, pero añadió que, pretendiendo la reclamante que se la resarciera en la suma correspondiente a la diferencia entre la suma en que valoraba sus perjuicios y la que mediante transacción extrajudicial percibió de la entidad aseguradora, no se había justificado un daño adicional que hubiera de resarcirse, proponiendo por ello que se desestimara la reclamación(535).

(534) Se acude así, sin expresarlo, a la figura de la *compensatio lucri cum damno*, en su versión estricta, mediando la circunstancia de que, naciendo de las indebidas dilaciones tanto el *damnum* como el *lucrum*, el importe de éste era superior al de aquél, por lo que no cabía reconocer indemnización alguna. El problema es que, calificada la «*chance*» perdida como un perjuicio personal, puede ponerse en duda que quepa compensar su valor con unos estrictos beneficios económicos. De todos modos, no es esa la naturaleza de la que, a mi juicio, participa el daño por pérdida de oportunidad (*vid.* Cap. VI, ap. III.4 y Cap. VIII).

(535) Se trata de una solución que parece incorrecta, pues el daño por la pérdida de la oportunidad procesal se produjo al quedar frustrado el proceso penal. Tras ello, el perjudicado estaba abocado a ejercitar su acción civil ante la jurisdicción civil

y el coste de este proceso constituía el valor del perjuicio que se le había irrogado, según la doctrina del propio Consejo de Estado. Pero la circunstancia de que el reclamante llegara a un acuerdo transaccional con la aseguradora a la que tenía que demandar no altera cualitativamente la realidad del daño que se le había producido. Así las cosas, el valor de dicho daño se concretaba en el coste de la transacción, es decir, en el importe de los honorarios que tuviera que abonar el perjudicado al letrado que, ocupándose de la defensa de sus intereses, alcanzara el concierto transaccional, con lo que los superiores gastos que se ahorraba redundarían a favor de la Administración Pública, pero sin que ello suponga que no tuviera que abonar aquel otro coste; y ello sin tener en cuenta que es perfectamente verosímil suponer que la transacción supondría normalmente la ob-

El Dictamen 1671/2001, de 19 de julio, se corresponde a un supuesto en el que, tramitado expediente de juicio de faltas por lesiones imprudentes sufridas en 1995 por un trabajador, con ocasión de desempeñar sus funciones laborales, el Juzgado de instrucción núm. 2 de Requena, tras celebrarse el juicio, dictó sentencia en 21 de mayo de 1998. Tal pronunciamiento absolvió al denunciado al estimar que se había producido la prescripción de la supuesta falta, dado que el procedimiento había estado paralizado por completo en dos ocasiones por tiempo superior a dos meses. En el juicio, tanto el Ministerio Fiscal como el perjudicado, habían pedido con cargo al denunciado una indemnización de 8.410.000 Ptas. Promovida reclamación ante el Ministerio de Justicia por el perjudicado, se tramitó expediente sobre responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. El Consejo de Estado dictaminó que efectivamente se había producido ese funcionamiento anómalo. Formuló una propuesta de valoración del daño sufrido por el reclamante, haciendo constar que consistía en la *pérdida de oportunidad procesal*. La acción penal había prescrito y, puesto que el Derecho concede al ciudadano la facultad de ejercitarla y acumular a ella la civil, la extinción de la primera por la omisión imputable al órgano judicial suponía para el reclamante, según el alto órgano consultivo, un empobrecimiento que no debía quedar sin compensación. Ésta perdió la oportunidad procesal de obtener un pronunciamiento sobre la responsabilidad civil dentro del proceso penal, lo que constituye un perjuicio indiscutible aunque contara con la posibilidad de reclamarla en la vía civil porque, según el Consejo, es evidente que, como consecuencia del proceso penal frustrado, había quedado en peor situación, aunque sólo fuera por el mero hecho del tiempo transcurrido. Después, con invocación de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, concluyó que, al no existir en el expediente datos acerca del previsible coste del ejercicio de la acción civil en el pertinente proceso, parecía razonable que, atendiendo a la cuantía de la eventual reclamación y las circunstancias específicas del caso, se fijara la indemnización en 500.000 Ptas.

El Dictamen 2752/2002, de 31 de octubre, corresponde a un supuesto en el que, como consecuencia de un accidente de caza producido en el mes de enero de 1992, el Juzgado de Instrucción de Almadén incoó diligencias previas por supuesto delito de imprudencia con resultado de muerte. La tramitación se prolongó durante varios años por dilaciones injustificadas y largos períodos de inactividad procesal, remitiéndose la causa en el mes de enero de 1997 al Juzgado de lo Penal núm. 2 de Ciudad Real, el cual señaló la celebración del juicio oral para el día 20 de abril de 1999. Pero, al intentarse la citación del inculpado, compareció su hija manifestando que su padre había fallecido el día 27 de diciembre de 1995, dando lugar a que, tras las comprobaciones oportunas, por auto de 24 de junio de 1999, se acordara el archivo definitivo de la causa, al declararse extinguida por fallecimiento la posible responsabilidad criminal del imputado, reservándose las acciones civiles a la viuda del accidentado, personada como acusación particular. Con base en las dilaciones del procedimiento, determinantes de que el juicio oral no pudiera llegar a celebrarse, la viuda de la víctima

tención de una cantidad inferior a la que habría obtenido en la vía jurisdiccional, aunque también es cierto que con ello se sustraía al riesgo (poco verosímil) de obtener una sentencia menos favorable.

formuló reclamación al Ministerio de Justicia por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y, tramitado el correspondiente expediente, el Consejo de Estado dictaminó que debía acogerse la reclamación, pero, en el trance de valorar los perjuicios causados, señaló que no podían cuantificarse en los 30.000.000 Ptas. que solicitaba la reclamante (suma coincidente con la cantidad propuesta por ella en las conclusiones provisionales del procedimiento penal, con cargo al inculpado) (536); y, sentado lo anterior, señaló que, aunque había quedado expedita la vía civil para ejercitar la acción resarcitoria frente a los herederos del inculpado fallecido, el perjuicio causado por la Administración de Justicia consistía en la «*pérdida de oportunidad procesal*», al haber impedido el órgano judicial que el juicio oral se celebrara antes de que falleciera el inculpado, con lo que se había cortado la posibilidad de que la viuda obtuviera una resolución en cuanto al fondo de las acciones ejercitadas dentro de dicho procedimiento; y, con base en ello, sin un particular razonamiento justificativo, propuso que se le reconociera una indemnización de 2.000 €.

En realidad, la oportunidad perdida en estos casos no puede identificarse con la posibilidad de que la pretensión resarcitoria fuera estimada en la sede penal. La doctrina de la *chance* no es aplicable cuando cabe que los acontecimientos venideros palien el daño padecido (537). En estos casos, era posible —y de hecho ocurrió en algunos de ellos— que la víctima obtuviera la restauración solicitada, pues podía ejercitar la acción resarcitoria en el orden civil. Lo que ocurre es que el reclamante, al verse obligado acudir a ese orden jurisdiccional, debía acometer una serie de gastos que habría ahorrado de haberse estimado la pretensión resarcitoria en la jurisdicción penal. Ahora bien, de no haber prescrito la infracción, el juez penal pudo resolver el fondo del proceso dictando sentencia absolutoria de tal manera que, la víctima, para obtener una indemnización, habría debido acudir igualmente a la jurisdicción civil. En realidad estamos ante una oportunidad en la que la ventaja final es, no la adquisición de una utilidad (la estimación de la pretensión), sino la evitación de un daño (los gastos aparejados a la acción civil). Se trata, en definitiva, de una oportunidad de *damno vitando* que va de suyo referida a la evitación de ese daño emergente constituido por los gastos del nuevo proceso. Se comprende entonces que el Consejo de Estado, al valorar el daño por la pérdida de la denominada oportunidad procesal (formalmente referida a la estimación de la pretensión resarcitoria), concrete la indemnización en los gastos que conlleva la reclamación a efectuar ante la jurisdicción civil, pues el perjudicado no habría tenido que afrontarlos si sus acciones hubieran sido resueltas en cuanto al fondo en el proceso penal frustrado.

(536) Según se hace constar en el Dictamen, es de señalar que, al tener el inculpado concertado sólo el seguro obligatorio de responsabilidad civil del cazador armado (careciendo, por tanto, de un seguro

voluntario complementario), la aseguradora había abonado a la viuda 1.000.000 Ptas. que era la suma correspondiente a la cobertura legal de aquél.

(537) *Vid.* Cap. I, ap. III.2.1.2.

La correcta solución de estos casos habría exigido una indagación más depurada en torno al grado de prosperabilidad de las acciones penal y civil inicialmente ejercitadas, porque, si hubiera sido altamente probable que fueran estimadas, de no haber prescrito el ilícito penal, podría haberse tenerse por cierto el lazo causal entre el hecho ilícito y los desembolsos ligados a la reclamación presentada en la jurisdicción civil. En tal caso, el reclamante tendría derecho a la indemnización que cubra esos gastos, pero no en concepto de oportunidad perdida, como afirma el Consejo de Estado, sino por cumplirse el requisito de la efectividad del nexo causal(538). Si se llegara a la conclusión de que la acción penal no estaba llamada a ser acogida o a la de que, aún acogida, la acción civil no habría de ser estimada, con un grado de probabilidad rayano en la certeza, se estaría ante una oportunidad especulativa que quedaría fuera también del estricto concepto de *chance*. En este caso, no correspondería la indemnización en virtud de tal concepto(539). En fin, si se considerara que, primero, la acción penal y, después, la acción civil, se habrían resuelto favorablemente dentro del proceso penal, de no haber quedado anómalamente frustrado éste, con un grado de probabilidad que no es ni rayano en la seguridad del fracaso ni en la seguridad del éxito, estaríamos ante una *estricta chance* que, de conformidad con la teoría de la oportunidad perdida, debería resarcirse mediante una suma equivalente a la proyección del expresado grado sobre el valor de la ventaja pretendida, con lo que el resarcimiento correspondería a una parte del valor del daño emergente no evitado, es decir, a una fracción de los gastos que acarrea el ulterior proceso civil.

(538) Si la reclamación se efectúa una vez finalizado el proceso civil al que el perjudicado se ha visto abocado, determinar el grado de prosperabilidad de la reclamación resarcitoria originaria puede resultar más sencillo. En tales casos, podría ponderarse el resultado de ese proceso civil para ponderar las probabilidades de que, sin el hecho ilícito, el daño hubiera dejado de producirse. Esto es lo que sucedió en el caso del Dictamen 1582/1999, de 24 de junio. Al sustanciarse la reclamación frente a la Administración del Estado cuando ya se había resuelto el juicio civil ulterior, el éxito obtenido en él podría servir para considerar que era altamente probable que la acción resarcitoria originariamente ejercitada en el orden penal hubiera sido estimada. Podría así entenderse que en este caso el nexo causal quedó cumplidamente acreditado por lo que el Consejo de Estado acertó a resarcir el importe total de los gastos ocasionados en dicho juicio, aunque lo hiciera en concepto de pérdida de oportunidad. En el asunto del Dictamen 857/

2001, al sustanciarse la reclamación administrativa cuando el perjudicado había sido ya indemnizado en virtud del acuerdo transaccional concertado con la entidad aseguradora, después de haberse frustrado el proceso penal, el hecho de que la aseguradora aceptara ese acuerdo (con seguridad, por su propio interés, es decir, para abonar cantidad menor que la que previsiblemente tendría que haber abonado de acudir el perjudicado al juicio civil) atestigua igualmente la alta probabilidad de que en el juicio penal se hubiera estimado la pretensión resarcitoria.

(539) Pero sí, quizá, la compensación de un daño distinto: los gastos que conllevó el sostenimiento de las pretensiones en la sede penal toda vez que, por causa imputable a la Administración de justicia, han devenido inútiles. Habría entonces un daño emergente referido a los gastos del proceso penal, normalmente menores que los que conlleva el ejercicio de la acción civil.

4. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDADES DEPORTIVAS

El Dictamen núm. 1040/2001, de 31 de mayo, se refiere a un caso en que, pudiéndose aplicar la doctrina de la pérdida de chance, el Consejo de Estado declinó hacerlo. Con ocasión de una identificación errónea efectuada por miembros de la policía nacional, un automovilista fue interceptado en la Avenida Diagonal de Barcelona y, sacado del vehículo a punta de pistola, fue arrojado al suelo, causándole lesiones por las que estuvo impedido para sus ocupaciones habituales durante treinta días. Los policías comprobaron que no se trataba de la persona cuya detención pretendían. Iniciado un procedimiento criminal contra los policías nacionales, el perjudicado desistió de ejercitar la acción penal, reservándose el ejercicio de las civiles. Tras ello, formuló reclamación al Ministerio del Interior interesando indemnización por los daños y perjuicios sufridos, dándose la circunstancia de que el perjudicado era atleta adscrito a la Real Federación Española de Atletismo. En la fecha de los hechos tenía contrato concertado con la Real Sociedad de Fútbol S. A. D. Por certificación de dicha sociedad, se acreditó en el expediente que el perjudicado había dejado de percibir: 50.000 Ptas., por no poder participar en el Campeonato Autonómico de Cross de Cataluña, celebrado el día 14 de febrero de 1999; 50.000 Ptas., por no poder participar en el Meeting Internacional de Pista Cubierta Ciudad de Madrid, celebrado el día 16 de febrero de 1999; 100.000 Ptas., por no poder participar en el Campeonato de España de Pista Cubierta celebrado en Sevilla el día 21 de febrero de 1999; 50.000 Ptas., por no poder participar en la Reunión Internacional de Pista Cubierta celebrada en Zaragoza el día 27 de febrero de 1999; y 100.000 Ptas., por no poder participar en el Campeonato de España Absoluto de Cross, celebrado en León el día 14 de marzo de 1999. El perjudicado había reclamado una concreta indemnización por los 30 días de incapacidad temporal y, además, las cantidades siguientes: 300.000 Ptas., por no poder participar en el Campeonato Autonómico de Cross de Cataluña, con consideración de la pérdida de patrocinio y posibles premios; 125.000 Ptas. por no poder participar en el Meeting Internacional de Madrid, por pérdida de patrocinio y posibles premios; 1.500.000 Ptas., por no poder participar en el Campeonato de España en Pista Cubierta celebrado en Sevilla, por pérdida de patrocinio y posibles premios; entre 1.000.000 Ptas. y 5.000 Ptas., por la pérdida de oportunidad de renovar la beca de que gozaba; 125.000 Ptas., por no poder participar en el Campeonato de España de Cross celebrado en León; 1.875.000 Ptas., por la pérdida de la oportunidad de percibir un fijo de 125.000 Ptas. por otras 15 competiciones próximas, que se le habrían asignado, de haber quedado entre los veinticinco primeros en el Campeonato anterior. A su vez, por certificación de la Real Federación Española de Atletismo se hacía constar que el atleta había percibido en concepto de ayudas durante el año 1998 la suma de 1.000.000 Ptas. y

que, de haber repetido durante el año 1999 las marcas obtenidas el año anterior, habría obtenido una beca de 1.500.000 Ptas.

El Consejo de Estado dictaminó que se estaba efectivamente ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y, en el trance de valorar los daños y perjuicios sufridos, propuso que se indemnizara al perjudicado en la cantidad de 214.500 Ptas., por los 30 días en que estuvo impedido para sus ocupaciones habituales, a razón de 6.500 Ptas. diarias, y 350.000 Ptas. dejadas de percibir por no haber participado en los cinco encuentros certificados por la Real Sociedad de Fútbol S. A. D., añadiendo que los demás conceptos reclamados debían ser desestimados, «por no resultar indemnizables», sin más razonamiento.

En este caso, el Consejo de Estado propuso que se resarciera al atleta perjudicado, además de la suma correspondiente a las lesiones padecidas, mediante una cantidad concreta que respondía a un lucro cesante perfectamente acreditado. Pero parece evidente que, a la vista de los elementos probatorios llevados al expediente administrativo, algunas de las restantes partidas reclamatorias podrían haber sido objeto de consideración positiva, con su enmarcamiento en el concepto de estricta *chance*. Lo coherente con la doctrina de la pérdida de oportunidad habría sido medir el grado aproximado de probabilidad con que el atleta contaba en orden a la consecución de las ventajas pretendidas, para, entonces, siendo insuperable el elemento de aleatoriedad que la misma conlleva, ponderar, de acuerdo con los antecedentes proporcionados (en particular, la beca con la que ya contaba, con consideración de su importe, y el dato de los resultados obtenidos durante el año anterior), fijar la indemnización correspondiente a esa pérdida de oportunidades que, siendo reales, dejaron de ser consideradas.

IV. La literatura científica

El primer autor español que se ha referido al daño por «pérdida de oportunidad» es, según parece, el profesor Federico de CASTRO, al ocuparse la situación en que quedan los padres por la muerte de un hijo, que pierden «la posibilidad de mutua petición de amparo»(540). Se trata, no obstante, de una referencia aislada a la que no han seguido estudios doctrinales que hayan abordado el análisis de la teoría con rigor sistemático(541).

(540) Así en el precitado artículo de 1954, *La indemnización...*, cit., pp. 494-496. La postura del autor se ha expuesto en el Capítulo I (ap. I.1 nota).

(541) Por eso el mercantilista TIRADO MARTÍ (*Los Administradores...*, cit., p. 667) ha escrito que «[l]a doctrina y la jurisprudencia españolas se han ocupado poco y de

manera desigual de la cuestión [de la pérdida de oportunidad]». En un rápido repaso de las monografías españolas sobre Derecho de daños, A. BORRELL MACIÀ (*Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil. Estudio del artículo 1902 del Código civil y breves comentarios sobre los artículos 1903 a 1910 del propio cuerpo legal*, 2ª ed.,

Bosch, Barcelona, 1958) no aborda el estudio de la figura, aunque, al referirse al daño eventual, menciona, con cita de A. DE CUPIS, el caso del caballo que es llevado tarde para participar en una carrera (p. 255), pero se abstiene de efectuar al respecto la más mínima puntualización. C. ROGEL VIDE (*La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, prólogo J. SANTOS BRIZ, Civitas, Madrid, 1977, p. 60) da por sentada la resarcibilidad de una *chance* perdida de ganancia patrimonial, pero no estudia específicamente la figura, dándola por conocida y limitándose a apuntar las dificultades que pueden surgir para probar su «consistencia», sin aclarar si se refiere a su existencia o a su cuantificación. J. SANTOS BRIZ (*La responsabilidad civil: Derecho sustantivo y procesal*, 4ª ed. act. rev., Montecorvo, Madrid, 1986, p. 269; Comentario a los artículos 1902-1910 del Código civil, en AAVV, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. M. ALBALADEJO GARCÍA, t. 24, Edersa, Madrid, 1984, p. 300), con ocasión del estudio dedicado al lucro cesante, hace sólo una mera referencia a la oportunidad perdida, al aludir a la responsabilidad civil del abogado que deja transcurrir el plazo sin interponer un recurso; aunque parece reivindicar la figura de la «*chance*» cuando afirma que «entre un extremo [la certeza absoluta] y otro [la falta absoluta de certeza] cabe una graduación que habrá de hacerse, en cada caso, con criterio equitativo, distinguiendo la mera «posibilidad» de la «probabilidad», y teniendo en cuenta que tal vez, en algún caso, sea indemnizable la mera «posibilidad», sin bien en menor cantidad que la «probabilidad», base de los lucros cesantes propiamente dichos» (obras cit., p. 269 y pp. 299-300, respectivamente). El profesor Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ no presta atención a la oportunidad perdida en su *Tratado*. L. PASCUAL ESTEVILL (*Hacia un concepto actual de responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, t. 2º, *La responsabilidad extracontractual aquiliana o delictual*, vol. 2º, *Parte Especial*, 1990, pp. 543, 544) se limita a registrar la existencia de la probabilidad perdida como concepto dañoso, reproduciendo uno de los ejemplos recogidos en el *Tratado de los hermanos Mazeaud*, pero no presta particular atención a la figura. H. CAMPUZANO TOMÉ (*Nociones generales sobre responsabilidad civil*) (*Doctrina, Jurisprudencia y Legislación*), Forum, Oviedo, 1997, pp. 41-43) no incluye referencia alguna a esta modalidad dañosa. J. L. CONCEP-

CIÓN RODRÍGUEZ (*Derecho...*, cit.) no la contempla porque ni siquiera estudia el daño. E. ROCA TRÍAS, en su *Derecho de daños*, cit., se limita a diferenciar, de un lado, los daños materiales y los daños morales y, de otro, el daño emergente y el lucro cesante, según criterio clásico, pero no se ocupa de la oportunidad perdida (pp. 124-127). L. Díez-PICAZO, en su *Derecho de daños*, cit., dedica un capítulo a la «noción jurídica del daño indemnizable» (Cap. XIV, pp. 307-329), pero no incluye el causado por una oportunidad perdida. Tampoco se ocupa de esta figura dañosa G. VON WICHMANN ROVIRA, en su amplio estudio *La Responsabilidad extracontractual o Derecho de daños*, en AAVV, *Instituciones de Derecho privado*, coord. gen. J. F. DELGADO DE MIGUEL, t. III, *Obligaciones y contratos*, coord. V. L. SIMÓ SANTONJA, vol. 3º, Thomson-Civitas/Cons. Gen. Not., Madrid, 2003, tema 16, pp. 849-1209. Si en los Manuales y Tratados de Responsabilidad civil deja de estudiarse o se estudia muy poco el daño por la oportunidad perdida, no puede extrañar que deje de contemplarse en los Manuales de Derecho civil. En este sentido, constituye una excepción el Manual de J. L. LACRUZ BERDEJO (*Elementos...*, t. II, vol. 2, cit., p. 480), donde, al tratar de la certeza del daño, se señala que los Tribunales se muestran reacios a reconocer indemnización por la pérdida de una oportunidad de ganancia, pese a que la eventualidad de ésta constituye un «valor patrimonial» apreciable mediante la expresión matemática del cálculo de probabilidades.

En lo que refiere a las monografías sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, las referencias más destacables a la figura se hallan en *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, pról. A. NIETO GARCÍA, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1985, pp. 165-167 del profesor Avelino BLASCO ESTEVE, que comenta varios pronunciamientos del *Conseil d'Etat* que consideran que los concursantes irregularmente separados de un procedimiento de contratación deben ser indemnizado si portaban «*chances sérieuses*» de ser adjudicatarios (*arrêts* de 4 de agosto de 1913, *Davoigneau*, de 3 de julio de 1968, *Lavigne* o 4 de julio, *Desforets*, entre otros). Por lo general, los estudios de responsabilidad patrimonial no mencionan siquiera la figura, aunque a veces lo hacen al traer a colación jurisprudencia contencioso-administrativa que se refiere (abierta o vela-

Si el daño –pese a ser la piedra angular(542) del Derecho de daños(543)–, aparece paradójicamente, como su «pariente pobre»(544) (verdadera cenicienta en el tratamiento de su disciplina), la oportunidad perdida ha sido tradicionalmente uno de los más pobres de los parientes pobres dentro del Derecho de daños. Además, aunque la causalidad ha sido analizada en mayor medida, el problema de su certeza, donde se inserta la cuestión de la *chance* frustrada, sólo ha empezado a preocupar últimamente.

Por eso, en parte, la recepción legal de la teoría, en la Ley 48/1998, ha pasado desapercibida. Hay quien ha avisado acerca de la necesidad de reflexionar sobre las consecuencias de la afirmación comunitaria del principio de responsabilidad en el ámbito de los procedimientos de contratación(545) y quien ha advertido la novedad que conlleva la referencia legal de las «posibilidades reales»(546), pero la generalidad de los

damente) a la pérdida de posibilidades en supuestos de responsabilidad de la Administración sanitaria y, en particular, en casos de ausencia de consentimiento informado: J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 494; P. GONZÁLEZ GUTIÉRREZ-BARQUÍN, *Responsabilidad sanitaria como consecuencia de la asistencia sanitaria*, en AAVV, *Manual de responsabilidad pública. Homenaje a Pedro González Gutiérrez-Barquín*, dir. J. de FUENTES BARDAJÍ, coord. I. ARTEAGABEITIA GONZÁLEZ, Min. Just./Min. Ec. Hac., Madrid, 2004, p. 645. En los Manuales de Derecho Administrativo la teoría no se menciona, salvo en el *Curso de Derecho Administrativo* (t. II, cit.) de GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (p. 383), que da cuenta de una solución del Consejo de Estado (Dictamen de 26 de junio de 1969) «demasiado drástica y poco conforme, además, con la amplitud de la fórmula legal, que incluye sin violencia alguna todo tipo de daños, incluidos, por supuesto los que la pérdida de una *chance* de oportunidades reales (*loss of real opportunities*) puede indudablemente suponer para una persona»; invocando la jurisprudencia TEDH (casos *Goddi y Collozza*).

(542) Expresión tomada de C. CORMIER (*Le préjudice...*, cit., p. 1). Como dice J. J. MOSSET ITURRASPE (*Frustración...*, cit., p. 70), la responsabilidad civil se edifica partiendo del daño o perjuicio. No hay, desde luego, responsabilidad civil sin daño. Por eso dice M. YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema...*, cit., p. 143) que el daño constituye el primer elemento constitutivo de la responsabilidad civil.

(543) Por eso se llama Derecho de da-

ños (Derecho del resarcimiento de los daños) al Derecho de la responsabilidad civil, pese a que la primera denominación es de más amplia envergadura que la segunda. Vide al respecto M. MEDINA ALCOZ, *La culpa...*, cit., pp. 36, 37, 42.

(544) La afirmación, aunque tomada de C. CORMIER, *Le préjudice...*, cit., p. 1, es plausible en la medida en que me refiero particularmente al Derecho español, en el que el daño no ha recibido la atención que merece. Advuértase que hasta hace poco, la única monografía sobre el daño como categoría general es la tesis doctoral de F. PANTALEÓN PRIETO (*Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de daños*, Univ. Autón. Madrid, 1981) que, defendida en 1981, ha quedado inédita, aunque su contenido se ha llevado parcialmente a algunas de las publicaciones del autor. Intenta colmar en alguna medida esta laguna la obra de M. M. NAVEIRA ZARRA, *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, pról. J. M. Pena López, Edersa, Madrid, 2006.

(545) G. SAMANIEGO BORDIÚ, *La normativa...*, cit., p. 373.

(546) V. S. BACA ONETO, *La invalidez...*, cit., pp. 375-378; J. M. BAÑO LEÓN, *El contencioso...*, cit., pp. 355-359; J. L. BLASCO DÍAZ, Artículo 63 Ley 13/1995, cit., 1460; J. M. GIMENO FELIÚ, *La Directiva...*, cit., pp. 288-289; *El sistema...*, cit., pp. 277-288; y *Contratos Públicos...*, cit., pp. 191-192; A. HUERGO LORA, *La nueva...*, cit., pp. 1871-1876; L. MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad...*, cit., pp. 211-212; J. L. PIÑAR MAÑAS, *El sistema...*, cit., p. 784; J. F. MESTRE DELGADO, *El control...*, cit., p. 39.

autores no se ha hecho eco de que en España hay un precepto que liga el resarcimiento a la existencia de una mera *chance*. Ciertamente, no es extraño que pasen inadvertidas normas en un «mundo de leyes desbocadas» (547), sobre todo si se tiene en cuenta que la doctrina civil no suele estudiar los textos de Derecho Administrativo; y que los especialistas en responsabilidad patrimonial han soslayado, por lo general, las cuestiones atinentes a la puede contraer una Administración con ocasión de la tramitación de sus procedimientos (548) / (549). Por lo demás, son también escasas las referencias doctrinales a la jurisprudencia TEDH y la doctrina del Consejo de Estado que reconoce el rango resarcible del daño por frustración de *chances* (550).

Sólo han empezado a publicarse trabajos sobre (y casi siempre a favor de) la pérdida de oportunidad, algunos con cierta entereza, a partir del momento en que la jurisprudencia civil ha hecho suya la teoría de la *chance* para indemnizar en supuestos de negligencia profesional (551). Desde entonces, la doctrina civil especializada ha prestado mayor atención al juego que puede tener la figura en ciertos sectores de la responsabilidad civil (552). Parece que la aceptación jurisprudencial de la figura

(547) Como es sabido, la expresión es de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999.

(548) En el Derecho español, la responsabilidad por actos es «otra de las bellas durmientes de nuestro ordenamiento» (A. NIETO GARCÍA, *Prólogo* a A. BLASCO ESTEVE, *La responsabilidad...*, cit., p. 15). El estudio monográfico que hace tiempo llevó a cabo el profesor BLASCO ESTEVE constituye en este punto una referencia insoslayable, pero, aún hoy, es de los pocos sobre una materia que es objeto, por lo general, de estudios sólo sectoriales, poco dogmáticos, en los campos urbanístico y tributario. Me he ocupado de estos problemas en *La responsabilidad...*, cit.; *El resarcimiento del daño causado por acto administrativo ilegal. Análisis de la cuestión en los ordenamientos italiano, francés, alemán y español*, R. Gen. Der. Adm., Iustel.com, núm. 9, jun. 2005; y *Confianza legítima y responsabilidad patrimonial*, REDA, núm. 138, abr.-jun. 2006, pp. 275-326.

(549) Ocurre también, como ha puesto de manifiesto GONZÁLEZ-VARAS (*El control judicial sobre la adjudicación del contrato mediante concurso*, Just. adm., 2003, núm. 18, p. 46), que, no ha merecido la suficiente atención el tema del control judicial de las adjudicaciones realizadas por concurso, que es, por el *alea* que presupone la pérdida de *chance*, un ámbito natural de este concepto dañoso. Esto, quizá,

por el escaso número de pleitos que tradicionalmente ha suscitado la selección de contratistas (cfr. J. M. BAÑO LEÓN, *El contencioso...*, cit., p. 330).

(550) No obstante, es preciso destacar, además del *Curso* de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ al que se ha hecho referencia, un trabajo de COBREROS MENDAZONA (*El Tribunal...*, cit.). En él se apoya el autor en la jurisprudencia de Estrasburgo para fundamentar la responsabilidad del Defensor del Pueblo por *error manifiesto* en la tramitación de una queja que priva de la posibilidad de una solución amistosa con la Institución comunitaria afectada (p. 198).

(551) En lo que llega a mi conocimiento, sólo se han pronunciado en contra, en los años ochenta, ATAZ LÓPEZ (*Los médicos...*, cit., pp. 342-346) y, últimamente, la civilista, discípula del profesor PANTALEÓN PRIETO, A. SOLER PRESAS (*La valoración...*, cit., pp. 76-77).

(552) Ya antes, de manera breve, pero con solidez dogmática, el profesor ATAZ LÓPEZ (*Los médicos...*, cit., pp. 342-346) estudió la figura de que hablamos en relación con la responsabilidad civil en el ámbito sanitario. No obstante, su postura era la de que la doctrina de la pérdida de oportunidad no tiene cabida dentro del ordenamiento jurídico español. El primer autor que ha abordado el estudio de la oportunidad perdida dentro de un Manual o Tratado sobre responsabilidad civil ha sido M.

y también, aunque en menor medida, el *soft law* europeo que la recoge están favoreciendo su recepción en la literatura científica española(553). Puede decirse que, en este caso, la jurisprudencia ha movilizad a la comunidad académica (no al revés, como ha sido habitual en los países de nuestro entorno(554)), habiéndose producido ya un cierto cuerpo de doctrina sobre las oportunidades que se pierden con ocasión del ejercicio de las profesiones legales(555) y médicas(556).

YZQUIERDO TOLSADA, quien en su *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Reus, Madrid, 1993, dedica a la figura algo más de dos páginas (pp. 190-192), llevadas luego a su *Sistema...*, cit. (pp. 152-154), al igual que había hecho en *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 116-118. Después, este daño ha sido objeto de consideración en el *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord. F. REGLERO CAMPOS, cit., concretamente en el capítulo dedicado a El daño, de E. DE VICENTE DOMINGO, quien acomete su estudio con la misma parquedad (pp. 213-215), retomando las ideas expresadas en su monografía sobre el daño corporal (*Daños corporales...*, cit., 130-133). El Manual dirigido por el profesor PEÑA LÓPEZ (*Derecho de la responsabilidad civil extracontractual*, dir. J. M. PEÑA LÓPEZ, CÁLAMO, Barcelona, 2004,) incluye, sin embargo, un trabajo de M. NAVEIRA ZARRA (*La responsabilidad civil de los profesionales*, pp. 364-406) que contiene una interesante sistematización de la jurisprudencia sobre la cuestión en supuestos de negligencia profesional de abogados y procuradores.

(553) Se refiere a los Principios UNIDROIT en su análisis de responsabilidad civil de abogados y procuradores por pérdida de oportunidad, C. CRESPO MORA, *La responsabilidad...*, cit., p. 391.

(554) Vid. Cap. II, ap. II.2.

(555) Destacan, en este ámbito, las monografías de A. SERRA RODRÍGUEZ (*La responsabilidad civil del abogado*, 2ª ed. Revis., Aranzadi, Elcano, 2001, pp. 233-268) y C. CRESPO MORA (*La responsabilidad...*, cit., pp. 364-401) así como los trabajos de M. M. NAVEIRA ZARRA (*La responsabilidad...*, cit., pp. 364-406; y *El resarcimiento...*, cit., pp. 91-101). Pero hay más estudios sobre el tema: A. V. ALBENÉS MEMBRILLO, *La responsabilidad civil del abogado*, en AAVV, *La actuación profesional del abogado*, Bol. I. Col. Abogados Madrid, 3ª época, núm. 11, 1999, febr.; J. I. ÁLVAREZ SÁNCHEZ, *La responsabilidad civil de jueces, magistrados y procuradores*, en AAVV, *La responsabilidad civil profesional*, dir. J. I. ÁLVAREZ SÁNCHEZ, Cons. Gen. Poder. Jud.,

Madrid, 2003, pp. 41-43; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Responsabilidad de abogados y procuradores*, Ar. civ., 1997/3, Portadas, pp. 20-21; F. GÓMEZ POMAR, *Pleitos tengas...*, 17 pp.; A. ILLESCAS RUS, *El daño...*, cit., pp. 227-327; E. LLAMAS POMBO, *Responsabilidad civil, también, del abogado*, Práct. Der. Daños, núm. 11, 2003/12 (Editorial), pp. 3-4; A. L. REBOLLEDO VARELA, *Abogados...*, cit., pp. 475-499.

(556) R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ hace unas sumarias, pero valiosas indicaciones sobre la pérdida de la oportunidad en el contexto médico-sanitario en *Responsabilidad civil...*, cit., pp. 123-129; y también se refiere a ella, en *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 82-84, donde da cuenta sumaria de un trabajo de F. CHABAS (*La perte...*, cit., pp. 131 ss.), y, de forma muy fugaz, en prólogo a I. DE CUEVILLAS MATOZZI, *La relación...*, cit., pp. 24-25, obra en la que, por cierto, deja de estudiarse. Además de las obras de ATAZ LÓPEZ e YZQUIERDO TOLSADA, han aparecido en este ámbito trabajos que se ocupan detenidamente de la *chance*, con indicación de doctrina y jurisprudencia francesa y estadounidense: J. C. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad... informado*, cit., pp. 237-238, *Responsabilidad... médica*, cit., 2005, pp. 211-229, y, *La responsabilidad civil médica*, en AAVV, *La responsabilidad civil profesional*, CGPJ, Madrid, 2003, pp. 252-255, 301-309; A. LUNA YERGA, *La prueba...*, cit., pp. 451-469; *Oportunidades perdidas...*, cit., pp. 1-18. Destaca también la reciente aportación del Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense, A. LÓPEZ DE LA OSA ESCRIBANO, incluida en su libro sobre la responsabilidad médica en los Derechos francés y español, recientemente publicado en Francia: *La convergence de la responsabilité hospitalière en France et en Espagne. Étude comparée*, pról. F. Moderne, Presses Univers. d'Aix-Marseille, Aix-En-Provence, 2005, pp. 457-460. La figura ha empezado a manejarse también en los trabajos que se ocupan del problema de la responsabilidad en supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*: A.

Sin embargo, son escasas las aportaciones realizadas en relación con otro tipo de *chances*, como la que puede tener un ciudadano de superar una oposición(557) o de vencer en un procedimiento de contratación pública(558). Además, los trabajos especializados tienen el inconveniente de abordar el estudio de la figura dentro de un concreto ámbito material (el daño causado por el funcionamiento anormal de la Administración sanitaria o el incumplimiento del contrato de servicios médicos o jurídicos; el daño causado por el incumplimiento del contrato de compraventa; el daño causado por infracción de las normas de contratación pública; el daño causado por incumplimiento de las reglas de oposiciones y concursos de acceso a la función pública; el daño corporal causado en un accidente de circulación), sin partir de la construcción general y sin prestar demasiada atención los espinosos problemas que plantea: la doctrina de la oportunidad perdida es contraria a la concepción tradicional del nexo causal y su ámbito de aplicación puede ser desmesurado si no se encuentran criterios que, adecuadamente fundamentados, permitan una selección justa y racional de supuestos. A lo que hay que añadir la circunstancia de que, por lo general, las consideraciones que se vierten en relación con esas específicas hipótesis de pérdida de oportunidad son

MACÍ MORILLO *La responsabilidad médica...*, cit., pp. 366-367, 434; M. MARTÍN CASALS/J. SOLÉ FELIÚ, *Comentario...*, cit., pp. 114-115.

(557) La primera referencia a este tipo de caso llegó a España a través de los anotadores de E. BONASI-BENUCCI (*La responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1955; trad. española, con notas de adaptación, de J. V. FUENTES LOJO y J. Peré Raluy, *La responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, 1958, que es el texto manejado aquí). Se limitaron, no obstante, a mostrar su conformidad con el autor, sin hacer la mínima referencia específica a la figura de que tratamos. Según el profesor italiano la pérdida de una *chance* es *a priori* resarcible, debiéndose valorar de acuerdo con el valor intrínseco de su probabilidad; pero no cuando se refiriera a la imposibilidad de participar en los ejercicios de una oposición (p. 45).

(558) A esta concreta modalidad, además de los autores que han comentado las Directivas de recursos, se ha referido A. BLASCO ESTEVE, *La responsabilidad...*, cit., pp. 165-167, dando sumaria cuenta de una jurisprudencia francesa. También plantean el problema, sin analizarlo, A. LÓPEZ DE LA OSA ESCRIBANO (*La convergence...*, cit., pp. pp. 457-460) y L. MEDINA ÁLCÓZ [*La responsabilidad...*, cit., pp. 201-212; *Dal dogma dell'infallibilità dello Stato alla teoria della perdita di «chance»: l'evoluzione della responsabilità civile da provvedimento nell'ordinamento italiano*

(1865-1999), Dir. Reg., mayo-ag. 2005, núms. 3-4, pp. 391-393, 437-447]. Fuera de este ámbito, en relación con los daños corporales causados en accidente de circulación, M. MEDINA CRESPO alude a la doctrina de la oportunidad perdida en *La valoración...*, cit., (t. III, vol. 2º, *Las consecuencias patrimoniales. El lucro cesante. Propuestas generales «de lege ferenda»*, 1999, pp. 169-170, y en t. IV, *El fallecimiento*, 2000, pp. 144-146), pero no realiza un estudio de esta especie de daño, debido a que se ciñe a los baremos del sistema legal que comenta y a que trata sólo de las oportunidades de lucro que pierden quienes resultan perjudicados por un daño corporal. También hay una breve referencia a la *chance* perdida en este concreto supuesto en M. MEDINA ÁLCÓZ/M. MEDINA CRESPO, *Personal injury compensation in Spain*, en AAVV, *Personal Injury Compensation in Europe*, cit., pp. 443-444. En relación con el daño causado por el incumplimiento del contrato de compraventa, A. SOLER PRESAS (*La valoración...*, cit., pp. 76-77) realiza unas interesantísimas consideraciones en contra de la teoría. Igualmente interesantes, aunque a favor, son las puntualizaciones que lleva a cabo I. TIRADO MARTÍ (*Los administradores...*, cit., p. 667-668) al referirse a la responsabilidad de la administración concursal por falta de ejercicio o ejercicio tardío de las acciones de la masa.

tomadas de la literatura jurídica de otros países (fundamentalmente Italia y Francia; de manera puntual, Estados Unidos) sin un análisis previo en torno a su sentido dentro del Derecho español(559).

V. Recapitulación y consideraciones conclusivas

Tres dinámicas de circulación han impulsado el proceso de expansión de la teoría de la pérdida de oportunidad. En un primer momento, los sistemas más representativos del *Droit Civil* y del *Common Law*, de la mano de la jurisprudencia y la doctrina científica, formaron, consolidaron y exportaron la doctrina de la oportunidad perdida (*circulación horizontal*). Después, determinadas instancias europeas y americanas, aplicando la metodología comparada, tomaron la teoría, utilizándola en sentencias o positivizándola en instrumentos normativos o desprovistos de obligatoriedad (*circulación vertical hacia arriba*). Por fin, algunas de esas instancias han servido de puente entre los sistemas que conocen la *chance* y España, que la toma obligatoriamente del Derecho comunitario o la utiliza voluntariamente (*circulación vertical hacia abajo*). Puede decirse así, en resumen, que la teoría de la *chance* ha circulado horizontalmente, a través del influjo de los sistemas jurídicos nacionales entre sí; hacia arriba (*bottom-up*) por cuanto que desde los Derechos nacionales ha llegado a las instituciones y organizaciones europeas; y hacia abajo (*bottom-down*), pues desde allí ha pasado a sistemas nacionales que desconocían la figura(560)/(561).

(559) Los trabajos de LUNA YERGA (*La prueba...*, cit., pp. pp. 451-469; *Oportunidades perdidas...*, cit., 18 pp.), centrados en la responsabilidad civil médica, son, sin duda, de los más valiosos de cuantos se han publicado últimamente; y traen buena parte del debate que, en torno a la teoría de la *chance*, se está llevando a cabo en los Estados Unidos. Sin embargo, presentan la doctrina como una de las variadas técnicas con las que el juez puede salvar las dificultades probatorias que en ese ámbito plantea el nexo de causalidad, sin señalar cuál es la preferible ni detenerse específicamente en la explicación de la manera en que encaja dentro del Derecho español. Por eso hay que suscribir las palabras de TIRADO MARTÍ, al referirse a la *chance* de ver estimada una acción de la masa, que frustra el administrador concursal cuando no entabla la acción o lo hace cuando ya ha prescrito: «la solución final para el Derecho concursal dependerá directamente del modo en que la doctrina y la jurisprudencia soluciona la cuestión desde una perspectiva general» (*Los administradores...*, cit., p. 667). Fuera de España, se ha referido

también a la necesidad de abordar el problema de la oportunidad perdida desde una perspectiva general, C. MÜLLER, *La perte...*, cit., pp. 55, 98.

(560) Hay que añadir una puntualización. Según parece, la Corte Interamericana ha tomado la doctrina de la oportunidad perdida del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ha habido, pues, una circulación horizontal, no sólo entre sistemas nacionales, sino también entre instancias jurisdiccionales internacionales.

(561) Procesos semejantes de influencias recíprocas que contribuyen a la convergencia e integración europeas afectan a muchas ramas del Derecho. Uno de estos, en relación con el Derecho Administrativo, ha sido descrito por J. SCHWARZE (*The role of General Principles of Administrative Law in the Process of Euroeanization of National Law: The case of Proportionality*, en *Studies on European Public Law. The europeanization of public law and the european constitution*, dir. L. ORTEGA ÁLVAREZ, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 27-50), que lo ejemplifica con el principio de proporcionalidad, llegado a Italia, Francia o España desde el Derecho alemán a

El Derecho español no ha superado aún la tendencia tradicional, directamente inspirada en el paradigma mecanicista newtoniano y en el dogma de la absoluta certeza, a rechazar la indemnización de daños ciertos por la presencia de un mínimo resquicio de duda. Sin embargo, es de los pocos que ha normativizado la doctrina de la oportunidad perdida. Esto es fruto de la influencia ejercida, no por los especialistas en responsabilidad civil, que se han ocupado poco de la cuestión, sino de la CE/UE en su afán de promover las libertades de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales y erradicar la discriminación por razón de la nacionalidad. La doctrina legal del Consejo de Estado y la jurisprudencia han empezado a manejar la teoría de la oportunidad perdida, pero sin excesivo rigor. Algunas veces, dilatan el ámbito de aplicación de la doctrina de la *chance* para resarcir daños meramente probables cuando no existía una posibilidad seria y real de obtener una ventaja y falta la prueba cumplida de la relación de causalidad entre la actuación del agente y el menoscabo producido. Otras utilizan abusivamente la figura, por defecto, conceptuando como *chance* perdida un lucro cesante cumplidamente acreditado. Además, muchas veces calculan las indemnizaciones por la pérdida de una oportunidad atendiendo, no al valor del daño final analíticamente determinado ni al grado de probabilidad de que hubiera nexo causal, sino al «prudente» arbitrio, es decir, a ojo, sin sujeción a ningún género de regla, principio o parámetro objetivo de racionalidad. A su vez, los supuestos en que los jueces y los autores aplican o estudian la teoría son bastante limitados (actividades forenses y médicas).

No obstante, hay una jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que, además de acoger sin paliativos la doctrina de la oportunidad perdida en el ámbito médico-sanitario, calcula las indemnizaciones ponderando las probabilidades de que el condenado no fuera causante. Hay, además, una incipiente jurisprudencia de Audiencias Provinciales que aplica la teoría a otro tipo de casos, distintos de los de negligencia profesional legal o médica. Por lo demás, la resarcibilidad de la denominada *chance provvedimentale* ha sido ya reconocida en algunas sentencias de la Audiencia Nacional, en relación con la pérdida de la posibilidad de victoria en concursos y pruebas de ascenso o acceso a la función pública. La doctrina de la oportunidad perdida está experimentando así un proceso de depuración y expansión que requiere de un análisis detenido de la figura que trate de explicarla a la luz de una construcción dogmática general, que dé cumplida cuenta de sus fundamentos y concilie el reconocimiento de la resarcibilidad de un daño incierto con la teoría clásica de la causalidad.

través de la jurisprudencia del TJCE. Sobre esta dinámica, en relación con el contenido y protección de los derechos huma-

nos, L. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, *La Europa...*, cit., pp. 29-63.

Es, pues, preciso examinar detenidamente la teoría general de la causalidad (Cap. IV), tratando de ubicar en ella la doctrina de la oportunidad perdida. Hay que analizar también sus posibles fundamentos (Caps. V-VII) y descender después al procedimiento administrativo para explicar el tratamiento jurídico que corresponde a las hipótesis de pérdida de la oportunidad de obtener un beneficio a través de una resolución administrativa favorable (Caps. VIII-IX). Los datos que, a tal efecto, interesa retener son: 1) La doctrina de la oportunidad perdida está positivizada en una ley sectorial española; 2) Es ya admitida por el Consejo de Estado y nuestros juzgados y tribunales, que la utilizan, aunque sin excesivo rigor; 3) Es defendida por la inmensa mayoría de los autores españoles que se han ocupado de ella; 4) Está generalmente reconocida en Europa, donde parece estar consolidándose como uno de los elementos del *ius europeum* en materia de la responsabilidad civil que, por muy diversos factores, está formándose en los últimos años; 5) Está ampliamente aceptada en el panorama internacional.

Naturalmente, estos datos, por sí mismos, no dicen nada, ni a favor ni en contra, pues la admisibilidad de la doctrina dentro del sistema jurídico español ha de depender del resultado que arroje el análisis dogmático que la enfrenta con la teoría general de la causalidad. Pero ese análisis no puede desconocerlos ni la idea fundamental que de ellos se desprende: hiere la actual sensibilidad justicial que la víctima que pierde una posibilidad seria y real de obtener una ventaja quede sin indemnización bajo el entendimiento de que la causalidad, tal como ha sido concebida tradicionalmente, no ha sido demostrada.

LA TEORÍA GENERAL DE LA CAUSALIDAD Y LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

I. La teoría de la causalidad física

1. LA REGLA DE LA INDIVISIBILIDAD DE LA CAUSA

Un elemento fundamental de la responsabilidad civil está constituido por la *relación, nexo, unión, vínculo, conexión, enlace, ligazón o lazo etiológico, causal o de causalidad* entre la conducta del sujeto agente y la lesión del sujeto paciente; requisito al que se alude cuando se dice que un sujeto *causa, origina, produce, ocasiona, provoca, genera, propicia o gesta* un perjuicio; o que el daño es *efecto, rastra, secuencia, consecuencia, producto, resultado o derivación* de la conducta de otro. La relación causal es un puro fenómeno natural de la vida; es una *relación física* o material ubicada en la realidad objetiva. Cuando los artículos 1101 y 1902 CC o 139 LPC erigen la causalidad en condición necesaria del surgimiento del crédito resarcitorio, se refieren, primariamente, a la presencia de ese nexo causal de carácter físico, natural, material o real. La causalidad tomada en consideración es, pues, «una categoría fáctica, naturalística, que pertenece al mundo del *ser*» (562). El Derecho público y privado de la responsabilidad contractual y extracontractual considera que el juicio de causalidad ha de traslucir en lo posible la realidad de las cosas y, en particular, la causalidad física, basándose, por tanto, en la averiguación de si el hecho ilícito es o no causa real y verdadera del daño, de tal manera que, si lo es, su autor puede (aunque no necesariamente) ser responsable, pero en ningún caso cuando no lo sea (563).

(562) O. MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad... causalidad*, cit., pp. 235-236.

(563) En este orden de ideas, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*El problema del nexo causal y la responsabilidad patrimonial de la Administración*, en AAVV, *Homenaje a Segismundo Royo-Villanova*, Moneda y Crédito, Madrid, 1977, p. 691) ha escrito que «[p]robar que existe nexo causal entre el hecho que constituye la fuente normativa de la responsabilidad y el daño producido será siempre necesario para que la imputación pueda tener lugar y con ella nacer la responsabilidad, pero la mera relación de causalidad

entre el hecho (y su autor) y el daño no basta para justificar la atribución del deber de resarcimiento al sujeto que la Ley califica de responsable». Por eso puede decirse con M. BELADIEZ ROJO (*Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo*, prólogo J. LEGUINA VILLA, Tecnos, Madrid, 1997, p. 96) que «[l]a existencia de una relación de causalidad es, por tanto, un requisito necesario, pero no suficiente para que un daño pueda ser atribuido al sujeto que lo ha causado».

La exigencia de un nexo causal naturalístico, no por obvia, resulta menos importante en unos sistemas que, como los de la responsabilidad civil, pretenden, simplemente, trasladar el coste del daño del patrimonio de quien lo sufre al de quien lo causa *verdaderamente*, no al de quien no lo causó o se sospecha sólo que pudo hacerlo(564). Es evidente que no puede obligarse al automovilista que circulaba con exceso de velocidad, amenazando la seguridad de la circulación vial, a reparar las lesiones que sufre un peatón, si el atropello lo produjo, en realidad, un conductor que viajaba unos metros más allá(565). Lo cierto es que una norma que impusiera esta solución cumpliría una función satisfactiva, en la medida en que, al fin y al cabo, la víctima obtendría una indemnización; y una función preventiva, pues la alta velocidad resultaría menos tentadora(566). Sin embargo, esa medida, en el Derecho español, atentaría la clave fundadora de la función resarcitoria de la responsabilidad civil, transformándola en una institución distinta. De ahí que, el carácter natural, físico o real de la causalidad, presupuesta en nuestras reglas generales de responsabilidad, haya de conectarse, no sólo con la literalidad de nuestras cláusulas indemnizatorias, sino también con la base misma de la institución resarcitoria, que es donde se fija una directriz de indudable trascendencia: que los daños los repare su verdadero causante(567).

Esto es lo que los autores franceses denominan regla de la indivisibilidad de la causa y que supone que el vínculo etiológico, en el plano de la realidad objetiva, es o no es, por lo que, en el plano del Derecho, sólo puede afirmarse o negarse, es decir, tenerse por cierto y demostrado o

(564) Pueden citarse multitud de sentencias en este sentido. Como botón de muestra, valgan las de la Sala 3ª del Tribunal Supremo que declaran: «Entre la actuación administrativa y el daño tiene que haber una relación de causalidad, una conexión de causa a efecto, ya que la Administración –según hemos declarado, entre otras, en nuestras sentencias de 28 de febrero y 24 de marzo de 1998, 24 de septiembre de 2001 y 13 de marzo y 10 de junio de 2002–, sólo responde de los daños verdaderamente causados por su propia actividad o por sus servicios, no de los daños imputables a conductas o hechos ajenos a la organización o actividad administrativa» (sentencia de 9 de julio de 2002 [RJ 2002, 7648]; también en este sentido, de la misma Sala, sentencias de 29 de junio de 2002 [RJ 2002, 7981], 6 de abril de 2004 [RJ 2004, 2717], 1 de julio de 2004 [RJ 2004, 4328], y 10 de diciembre de 2004 [RJ 2005, 473]).

(565) Así, refiriéndose al Derecho italiano, P. TRIMARCHI, *Causalità...*, cit., pp. 10-11.

(566) *Idem*.

(567) La idea, formulada con mas o menos claridad en los estudios españoles de responsabilidad civil y patrimonial, ha sido teorizada en los Estados Unidos por Jules L. COLEMAN (*La justicia correctiva y el enriquecimiento sin causa*, trad. esp. C. F. Rosenkrantz, en AAVV, *La responsabilidad extracontractual*, comp. C. F. Rosenkrantz, Gedisa, Barcelona, 2005, pp. 57-70; *La concepción mixta de la justicia correctiva*, trad. esp. C. F. ROSENKRANTZ, en AAVV, *La responsabilidad extracontractual*, cit., pp. 71-84), quien conecta explícitamente la exigencia de una causalidad material y efectiva con la función resarcitoria del instituto resarcitorio. Afirma, en particular, que la responsabilidad civil se fundamenta principalmente, no en la justicia retributiva ni en la distributiva, sino en la correctiva (*corrective justice*); y que tal cosa significa que los individuos tienen el deber de reparar las pérdidas injustas que han ocasionado. Me abstengo por el momento de hacer referencia a las corrientes de pensamiento que ponen en entredicho este postulado.

por incierto e indemostrado, sin que quepa hablar, estrictamente, de grados, niveles, cupos, porciones, fracciones o cuotas de causalidad: *tertium non datur* (568). Se ha puesto así de relieve que al Derecho de daños le importa la verdad, la realidad o lo efectivamente acaecido, es decir, la causalidad natural, por lo que su objetivo es descubrir si se da o no se da (569). Por eso se dice que la responsabilidad civil se basa en una concepción científico-natural o newtoniana de la causalidad (570).

La regla de la indivisibilidad constituye el fundamento teórico de la responsabilidad *in solidum* de los cocausantes del daño explicitada en los artículos 141 LPC (en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas) y 116.2 CP (al regular las consecuencias resarcitorias de conductas criminales) así como en un buen número de leyes civiles especiales. La conducta de cada uno de los partícipes es causa del daño padecido por lo que, no pudiéndose fragmentar la causalidad natural, todos ellos han de indemnizar a la víctima la totalidad del daño (571). Puede decirse, por tanto, que el principio de la solidaridad pasiva constituye, simplemente, una manifestación de la regla de la indivisibilidad causal, es decir,

(568) Esta regla es corrientemente mencionada por la doctrina francesa (F. CHABAS, *L'influence...*, cit., pp. 47-48; G. VINEY/P. JOURDAIN, *Les conditions...*, cit., pp. 255, 286), algunos de cuyos autores han insistido en ella, precisamente, para combatirla (J. BORÉ, *L'indemnisation...*, cit., ap. 19). La da por sentada también A. M. HONORÉ en su trabajo de Derecho comparado sobre la causalidad (*Causation...*, cit., p. 17), al preguntarse si cabe hablar de grados de conexión causal (*Are there degrees of causal connection?*). Su respuesta es negativa porque, según dice, la causalidad existe o no existe: «A straightforward view is that causal connection either exists or not: there are not degrees of it. The idea of degrees of causation has been termed a nightmare». Después matiza esta aseveración bajo el entendimiento de que cabe hablar de niveles de causalidad para hacer referencia al grado de certidumbre que se tiene en cuanto a su existencia: «if, however, the existence of causal connection simply depends on whether the tortfeasor's conduct is a condition of the harm, talk of degrees of connection merely reflects a greater or less certainty that the harm would not have occurred in the absence of the condition» (*idem*). No obstante, aunque el nivel de seguridad o certeza sea variable, es claro que la causalidad, desde la perspectiva de este autor, se da o no se da y que, por tanto, se afirma como cierta o se niega por incierta. Por lo demás, dentro del *Common Law*, se admite, por lo general, este postulado. Así lo han puesto de manifiesto, entre muchos otros, P. H.

SCHUCK (*Dos cuestiones causales: daños masivos y causas sociales*, trad. esp. C. F. Rosenkrantz, en AAVV, *La responsabilidad extracontractual*, en AAVV, *La responsabilidad extracontractual*, comp. C. F. Rosenkrantz, Gedisa, Barcelona, 2005, pp. 176-177) y D. HAMER, *Chance would...*, cit., pp. 558-586, mostrándose proclives a la teoría analizada en Cap. VII.

(569) Vide, P. TRIMARCHI, *Causalità...*, cit., pp. 10-11; H. L. A. HART/A. M. HONORÉ, *Causation in the Law*, Oxford Univ. Press, Oxford, 1959 (reimpr. 1973), pp. 103-108.

(570) A. PACCES, *Competizioni automobilistiche...*, cit., pp. 458-459.

(571) En esta línea, en el Derecho francés, F. CHABAS (*L'influence...*, cit., pp. 47-48), al señalar que la obligación *in solidum* no es una figura creada al margen de la Ley por la fuerza misma de las cosas; es una consecuencia ineluctable de la concepción vigente del nexo causal, para la que una «causalidad parcial» constituye una lógica herejía. También en esta línea, entre otros, A. M. HONORÉ (*Causation...*, cit., p. 34) y G. VINEY/P. JOURDAIN, *Les conditions...*, cit., pp. 255, 286. En España, afirman explícitamente que la obligación solidaria de los cocausantes tiene su fundamento en la «indivisibilidad del daño causado», M. MEDINA ALCOZ, *La culpa...*, cit., pp. 214-215; y M. MEDINA CRESPO, *El seguro obligatorio de automóviles. Cuestiones básicas. Principios y límites. Compensación de culpas*, s. e., Madrid, 1994, pp. 223-237.

el resultado de proyectar la exigencia de que la reparación íntegra del daño corra a cargo de quien lo ha causado físicamente(572).

Lo que, en principio, no casa bien con la exigencia del nexo causal, entendido como vínculo etiológico real e indivisible, es que se admita que, ante la intervención concurrente de terceros quepa, dentro de la relación interna de los diversos responsables, un reparto de la indemnización acomodado a las «cuotas de aportación causal» de cada uno. El Derecho de daños se basa en una concepción física o natural de la causalidad; en el principio de que, en la realidad, las cosas son o no son. Por eso, desde una óptica estrictamente formal, distribuir el *quantum* en función de «cupos» de causalidad es tanto como alejar el sistema de la realidad objetiva porque la causalidad deja de tomarse como un fenómeno real o natural, convirtiéndose en una noción ideal o ficticia que permite el fraccionamiento, la división o la fractura de la causa. Idéntico desajuste provoca la aceptación de la eficacia reductora de la culpa de la víctima, es decir, la disminución de la indemnización en la medida de la «aportación causal» del propio perjudicado; o la utilización de este criterio en casos de fuerza mayor concurrente. Pero resulta aún más anómalo que, en supuestos de responsabilidad colectiva, cada uno de los miembros del grupo esté obligado solidariamente a reparar un daño del que, en realidad, sólo se sabe que es consecuencia de una de las actuaciones de los miembros de ese grupo, pues no puede decirse que haya quedado demostrada la causalidad física y natural. A su vez, y por la misma razón, tampoco resulta sencillo compatibilizar la idea de la indivisibilidad de la causa con la solución final de este tipo de casos o la que directamente impone la doctrina de la responsabilidad por cuota de mercado, consistente en la redistribución del valor total de perjuicio entre los diversos componentes de la colectividad o agrupación atendiendo al grado de probabilidad de que fueran los autores del daño. En definitiva, la reducción del alcance de la responsabilidad en función de cuotas de causalidad proporcionadas a la presencia de factores causales no imputables al agente dañoso o a las probabilidades de que éste no propiciara la lesión no cohonesta bien con el principio de indivisibilidad causal. De ahí que tampoco armonice con este principio la doctrina de la oportunidad perdida(573).

Al fundamentarse el Derecho de daños en la existencia de una cau-

(572) No obstante, es preciso anotar que la regulación legal de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas introduce una serie de peculiares elementos que la distinguen parcialmente del sistema elaborado por la doctrina y la jurisprudencia en el ámbito del Derecho privado. Tales elementos se han referido sumariamente en Cap. I, ap. III.3.2.3.

(573) Con esto no está discutiéndose la necesidad de ese reparto o reducción que, por lo demás, lo impone a veces explícitamente el legislador (cfr. Cap. I, ap. III.3.2). Se quiere, simplemente, poner de manifiesto la dificultad de explicarlo dogmáticamente a través de los conceptos común-

mente aceptados en materia de responsabilidad civil. En algunos casos (culpa de la víctima e intervención de tercero), la doctrina científica proporciona explicaciones teóricas convincentes, que concilian la exigencia de la indivisibilidad causal con la reparación parcial del daño padecido (*vid.* Cap. VII, ap. IV.2.2). Pero en otros (fuerza mayor concurrente, responsabilidad colectiva, responsabilidad por cuota de mercado, pérdida de oportunidad), resulta enormemente difícil defender una indemnización proporcionada o reducida sin contrariar el postulado de la indivisibilidad.

salidad real e indivisible, la doctrina de la oportunidad perdida constituye una «afrenta a la causalidad»(574) que «conmueve la base misma del sistema de responsabilidad civil»(575), pues entra en juego, justamente, cuando no concurre el nexo etiológico natural entre el hecho ilícito y la pérdida de la ventaja. Por eso hay una teoría que, partiendo de la concepción general de la causalidad, niega la corrección técnica de la doctrina de la oportunidad perdida (teoría del «todo o nada» o de la identificación total); y otras que, para justificarla, rechazan total o parcialmente la regla de la indivisibilidad causal (teoría de la causalidad probabilística o de la identificación parcial), o, la evitan conceptuando la *chance* como un bien en sí mismo cuya pérdida produce un daño de carácter emergente (teoría ontológica o autonomista). De estas teorías me ocupo en los Capítulos siguientes(576). En éste intentaré ubicar con mayor precisión las hipótesis de pérdida de oportunidad dentro de la teoría general de la causalidad y su prueba.

2. LA REGLA DE LA CONDICIONALIDAD NECESARIA Y SU VERIFICACIÓN A TRAVÉS DE LA RECONSTRUCCIÓN IDEAL DE LOS ACONTECIMIENTOS

Hay consenso en cuanto al criterio con que aproximarse a la verdad de los hechos y, más concretamente, en cuanto a la doctrina con que determinar si concurre o no el nexo causal natural. Se dice que hay causalidad física cuando, representado idealmente el curso de los acontecimientos, como si no hubiera mediado el hecho ilícito, resulta, lógicamente, que el daño no se habría producido. Es la regla llamada en el Derecho norteamericano *but for test* (examen «de no haber sido por» o «de no haber mediado» –el hecho ilícito–), según el cual hay causalidad cuando puede responderse positivamente a la pregunta ¿se habría verificado el daño de faltar la conducta del demandado? (*would the plaintiff's harm have occurred «but for» the defendant's conduct?*)(577). Es también la que el Derecho europeo, partiendo de las aportaciones del científico

(574) P. ESMEIN empleó la expresión «afrentas de la causalidad» (*Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité*, Recueil Dalloz, 1964, Chron., p. 205), aludiendo, en concreto, a quien pierde la oportunidad de obtener un empleo para cuya consecución había dedicado sus estudios (p. 210). Es el problema que ponía de relieve R. SAVATIER cuando, al plantearse la resarcibilidad de las oportunidades perdidas, se preguntara si el sujeto podría incurrir en responsabilidad por un daño sin haberlo producido (*Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé?*, Recueil Dalloz, 1970, Chron., p. 123).

(575) La expresión es de I. H. GOLDENBERG (*La relación...*, cit., 152) al referirse, no

a la pérdida de oportunidad, sino a la responsabilidad colectiva.

(576) Caps. V-VII.

(577) M. BRAZIER, *The Law of Torts*, 9ª ed., Butterworths, London/Dublin/Edinburgh, 1993, pp. 249 ss.; S. F. BRENNWALD, *Proving causation...*, cit., pp. 748 ss.; M. J. FOX, *The loss...*, cit., pp. 98 ss. Véase también el estudio comparado de Basil Spyridonos MARKESINIS, *The German Law of Torts. A Comparative Introduction*, 2ª ed., próls. R. Goff y W. Lorenz, Clarendon Press Oxford, New York, 1990, p. 83, donde figura la pregunta mencionada en el texto; y las referencias al Derecho angloamericano del trabajo de Álvaro LUNA YERGA, *La prueba...*, cit., p. 363.

inglés John Stuart MILL(578) y del penalista alemán Maximilian VON BURI(579), denomina teoría de la *conditio sine qua non*, de la equivalencia de las condiciones, de la equivalencia (*Äquivalenztheorie*) o de la condición (*Bedingungstheorie*)(580).

Todo fenómeno es, desde el punto de vista físico, el producto de todas las condiciones, positivas y negativas, que han conducido a realizarlo (*causa causæ causa causati*), debiéndose considerar todas ellas auténticas causas naturales o materiales(581). La aparición de un fenómeno

(578) A System of Logic: *Ratiocinative and Inductive; Being a Connected View of the Principles of Evidence and the Methods of Scientific Investigation*, 7ª ed., vol. II, Longmans/Green/Reader/Dyer, London, 1868. La primera edición es de 1843. Los antecedentes de la postura del empirista inglés tienen claros antecedentes en el pensamiento de Galileo y Thomas Hobbes (*vide* I. H. GOLDENBERG, *La relación...*, cit., pp. 6-7).

(579) *Über Kausalität und deren Verantwortung*, Ferdinand Keip Verlag, Leipzig, 1873, pp. 17 ss. No obstante, ya en 1858 Julius GLASER (*Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht*, t. I, vol. 2, Wien, 1858, p. 298) defendió la teoría de la equivalencia de las condiciones como doctrina científica válida para la determinación del elemento causal en supuestos de responsabilidad. Cfr. C. ROXIN, *Derecho penal...*, cit., pp. 348-349; y G. J. FIERRO, *Causalidad...*, cit., pp. 205-206; B. S. MARKESINIS, *The German...*, cit., p. 83.

(580) Tradicionalmente, el debate causal se ha focalizado en los criterios con que restringir el concepto naturalista de causa propuesto por MILL, pero no en el concepto en sí. La teoría de la condición constituye así, generalmente, el enunciado de partida o presupuesto a partir del cual se emprende la elucubración teórica en materia de causalidad en el campo de la responsabilidad tanto civil como penal. No obstante, se han detectado una serie de supuestos en que la doctrina de la *conditio sine qua non* proporciona soluciones ilógicas o contrarias al sentido común, para los que se han propuesto otras doctrinas de la causalidad física: la teoría de la «condición ajustada a las leyes de la naturaleza» (K. ENGELS, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, 1931) y la teoría de la «condición como miembro necesario de un complejo de condiciones suficientes» (H. L. A. HART y A. M. HONORÉ, *Causation...*, cit., pp. 103-125, R. W. WRIGHT,

Causation in the Law, California L. Rev., núm. 73, 1985, pp. 1737-1828). El estudio de estas teorías no es estrictamente necesario en esta investigación por lo que me remito al amplio análisis de G. J. FIERRO, *Causalidad...*, cit., pp. 192-218; y al trabajo de O. MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad... sanitaria*, cit., pp. 229-244, referido específicamente a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. En cualquier caso, merece la pena destacar, como ha puesto de manifiesto este último autor —adhiriéndose a «la práctica unanimidad de la doctrina civilista y penalista alemana»—, que «no puede negarse a la fórmula de la *conditio sine qua non* una sencillez y utilidad que la hacen idónea en los supuestos en que la virtualidad causal de los diferentes factores concurrentes, aisladamente considerados, no plantean problemas». Por lo demás, en España, al igual que en los países de nuestro entorno, la teoría está ampliamente aceptada, sin perjuicio de que se modulen sus efectos a fin de reducir el círculo de posibles responsables. Así por ejemplo, las SSTS, Sala 3ª, de 26 de septiembre de 1999 (RJ 1998, 6836) y 28 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8420), señalan que el sistema de responsabilidad patrimonial «exige como presupuesto una *conditio sine qua non*, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero». Además, la teoría ha sido recogida en los Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil del EGTL. Su artículo 3:102 reza: «*Conditio sine qua non. An activity or conduct (hereafter: activity) is a cause of the victim's damage if, in the absence of the activity, the damage would not have occurred*».

(581) A. DE COSSIO Y CORRAL (*La causalidad...*, cit., pp. 530 ss.) explicó entre nosotros este planteamiento: «el efecto no es el efecto de una causa, sino el resultado de todo complejo de condiciones, cada una de las cuales, positiva o negativamente, tiene una trascendencia causal del mismo».

depende así de cada una esas condiciones –que, por eso, tienen el mismo valor; son *equivalentes*–, por lo que, si se suprime mentalmente alguna (*condicio sine qua non*), el fenómeno mismo desaparece (*sublata causa tollitur effectus*)(582). En el ámbito de la responsabilidad, la comprobación de la etiología real o natural supone, pues, aplicar un «método de eliminación» (*Hinwegdenken*) para valorar si, hipotéticamente, de no mediar el hecho ilícito, no se habría producido el daño porque, cuando así sea, podrá decirse que ese hecho es una de las *condiciones sine quibus non* y, consecuentemente, causa física del menoscabo(583). La tutela resarcitoria queda así sujeta a la demostración de que si los acontecimientos hubieran seguido otro derrotero, por no verse entorpecidos por la actuación del agente, la lesión no habría tenido lugar. El juicio de causalidad física es, pues, un examen hipotético y retrospectivo *ex post* encaminado a verificar la condicionalidad necesaria del hecho ilícito en la producción del menoscabo.

Hay que añadir una importante matización en relación con las denominadas «causalidades omisivas». Cuando el hecho ilícito es una omisión, la determinación de si hubo o no nexo causal obliga a figurarse el derrotero de los acontecimientos que habría tenido lugar de *no* faltar la acción positiva omitida. La *supresión mental* del hecho ilícito (método de la eliminación) es, en realidad, en estos casos, la *agregación mental* de la conducta debida (método de la sustitución). De este modo, la apreciación del nexo causal presupone la existencia de un deber jurídico del agente respecto de la víctima(584). Por eso se ha dicho que, en rigor, las causalidades omisivas no son causalidades físicas o naturales en sentido estricto, pues de esa calidad son sólo las acciones positivas(585).

Una hipótesis de pérdida de oportunidad se plantea, justamente, cuando el análisis de la casualidad física se resuelve insatisfactoriamente porque no logra concluirse que el hecho ilícito fue condición necesaria de la inobtención del beneficio. El comportamiento que priva de una *chance* es un suceso que, según se desprende de la información disponible, ha podido ser condición necesaria del daño, pero ha podido no serlo. La doctrina de la pérdida de la oportunidad significa, por tanto,

(582) I. H. GOLDENBERG, *La relación...*, cit., p. 19.

(583) La teoría de la equivalencia localiza la causa de un fenómeno en la suma de todas las condiciones que condujeron a él, pero, como señala ROXIN (*Derecho penal...*, cit., pp. 351-353), cuando es manejada en el campo del Derecho, la causa se identifica con el hecho ilícito, como si fuera una «condición individual» o «causa autónoma», porque al ordenamiento no le interesan la totalidad de las condiciones, sino sólo la conexión entre una acción concreta y un resultado.

(584) Cfr. M. GÓMEZ PUENTE, *La inactivi-*

dad de la Administración, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 845-846.

(585) Así, *ex multis*, los comparatistas A. M. HONORÉ, *Causation and remoteness...*, cit., pp. 36-37, y B. S. MARKESINIS, *The German...*, cit., pp. 83-84. Dentro de la doctrina española dedicada al Derecho de daños, por ejemplo, F. PANTALEÓN PRIETO, *Comentario al artículo 1902 del Código civil*, cit., p. 1981-1983; P. SALVADOR CODERCH/A. FERNÁNDEZ CRENDE, *Causalidad y responsabilidad*, InDret. Revista para el Análisis del Derecho, núm. 329, 2006, pp. 3-4; O. MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad... causalidad*, cit., pp. 242-243.

el intento de extender la tutela resarcitoria a una serie de supuestos que, en principio, quedan al margen del sistema de responsabilidad civil por no cumplirse una de sus exigencias elementales: que el hecho ilícito haya provocado materialmente el daño porque, sin él, éste no se habría producido.

II. La teoría de la causalidad jurídica o imputación objetiva

1. LA OPORTUNIDAD PERDIDA COMO CUESTIÓN EXTRAÑA A LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

La aplicación de la teoría de VON BURI no resuelve definitivamente el juicio de causalidad al que remite el sistema de responsabilidad civil. Por sí sola, como es obvio, no sirve para solucionar satisfactoriamente la heterogénea variedad de problemas causales que plantea la práctica judicial⁽⁵⁸⁶⁾. Ocurre que, aunque la aplicación de la teoría de las condiciones equivalentes conduzca a la afirmación de que existe vínculo etiológico, se entiende, a veces, que hay razones (valores) para liberar de toda responsabilidad a su autor. De la explicación técnica de estas razones se ocupa una teoría que se denomina de la causalidad jurídica (*causation in law*) en los ordenamientos del *Common Law*⁽⁵⁸⁷⁾; y de la imputación objetiva (*objektive Zurechnung*) en el Derecho alemán⁽⁵⁸⁸⁾. Se trata de una doctrina que, en su modalidad germánica, ha penetrado con fuerza en el Derecho español de la responsabilidad por daños y está desplazando la teoría de la causalidad adecuada⁽⁵⁸⁹⁾.

(586) Es la idea que explica L. MARTÍN REBOLLO (*La responsabilidad patrimonial de las Entidades locales*, iustel, Madrid, 2005, p. 87) al señalar que «[l]a fijación del nexo causal es una cuestión esencial (...) porque apela, en última instancia, a cuestiones filosóficas y a leyes lógicas que, en principio, nada que ver tienen con el Derecho por lo que, a efectos de obtener consecuencias jurídicas prácticas, es necesario introducir un límite que elimine lo que no ha tenido una importancia determinante en la producción del daño. Dónde se coloca ese límite es una cuestión de apreciación a la que no son ajenas las concepciones culturales y que, por eso, ha preocupado a los juristas desde siempre, sobre todo en el ámbito del Derecho penal donde la cuestión ha sido abordada con gran rigor y precisión».

(587) Vide L. A. HART/A. M. HONORÉ, *Causation...*, cit., pp. 104 ss.; M. A. JONES, *Torts*, cit., pp. 135 ss.; C. D. BAKER, *Tort*, 6ª ed., London, Sweet & Maxwell, 1996, pp. 191 ss.

(588) Vide E. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...*, cit., pp. 87 ss.

(589) En 1969, A. M. HONORÉ (*Causation and remoteness...*, cit., pp. 21, 36) se refería al declive de la teoría de la equivalencia (*decline of the equivalence theory*) en el sentido de que, aunque seguía utilizándose como juicio para apreciar la causa de hecho (*cause in fact*) o la causa científica (*scientific cause*) en el ámbito de la responsabilidad civil, la generalidad de los ordenamientos se inclinaban por introducir valoraciones normativas (*legal policy and justice*) en un juicio ulterior, estructurado alrededor del concepto de causa de Derecho (*cause in law*) o causa legal (*legal cause*). Tal cosa fue puesta de manifiesto en España, a finales de los años ochenta, por el civilista PANTALEÓN PRIETO, *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación*, en *Centenario del Código Civil*, t. II, Ceura, Madrid, 1991, pp. 1971-2003, que insistió en que tanto los sistemas de responsabilidad civil anglosajones como buena parte de los europeo-continetales deciden la cuestión causal a través

En rigor, la teoría de la imputación objetiva, más que desplazar la teoría de la causalidad adecuada, la absorbe, pues, al menos en algunas versiones, sigue operando como uno de sus títulos o criterios de selección jurídica de *condiciones sine quibus non*(590). La teoría de la causalidad adecuada, configurada por el fisiólogo alemán VON KRIES(591), consiste en atribuir fuerza atributiva tan sólo al antecedente causal que, según el *curso normal de los acontecimientos*, ha sido causa directa e inmediata del daño. Esta doctrina, desarrollada después por otros autores, realiza un cálculo de probabilidad o juicio pronóstico retrospectivo (*objektive nachträgliche Prognose*) que, atendiendo a lo que normalmente ocurre, determina si la acción que se juzga habría sido por sí sola capaz de provocar normalmente el resultado dañoso. Prescindiendo aquí de los complejos matices con que se ha desarrollado, puede decirse, en resumen, que, según ella, para condenar al agente dañoso a la reparación no basta que su actuación sea condición necesaria y suficiente del daño; es preciso, además, que tal actuación pueda considerarse *normalmente* idónea o adecuada, después de un juicio probabilístico que toma en consideración máximas de la experiencia(592).

de dos juicios autónomos o separados; uno de hecho, para el que vale la teoría de la equivalencia, y otro de Derecho, que aplica criterios normativos de selección. De este modo se introdujo en el Derecho civil español la teoría de la imputación objetiva que, por influencia de la dogmática alemana, estaba ya mayoritariamente aceptada en el ámbito de la responsabilidad penal (cfr. M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992). La teoría ha acabado penetrando en los estudios de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas a través de M. BELADIEZ ROJO, *Responsabilidad...*, cit., pp. 92-134, y MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad... causalidad* cit., pp. 73 ss. No obstante, la doctrina de la imputación objetiva sigue sin ser dominante en la doctrina administrativista, que, por lo demás, tiene algún autor que la reputa extralegal y muestra su preferencia por la teoría de la causalidad adecuada (J. JORDANO FRAGA, *La reparación de los daños catastróficos*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 28). Sin perjuicio de las matizaciones que después se realizan, comparto el criterio de que la teoría de la imputación objetiva es preferible y perfectamente compatible con el Derecho español de daños, tanto civil como administrativo, pero empleamos indistintamente las locuciones «imputación objetiva» y «causalidad jurídica» siguiendo en esto una pauta generalizada en las doctrinas inglesa, norteamericana, francesa e italiana, que escriben sobre *causation in law*, *causalité juridique* y *causalità giuridica* para diferenciarla de la *causation in fact*, *causalité matérielle* y *causalità materiale*, *natu-*

rale o di fatto. No es ésta la pauta terminológica que adopta el civilista PANTALEÓN PRIETO (*Causalidad...*, cit., pp. 1981-1982), quien, en sintonía con la dogmática germánica, elude la expresión «causalidad jurídica», reservando la palabra «causalidad» al ámbito de la causalidad de hecho; lo mismo que el administrativista MIR PUIGPELAT (*La responsabilidad... causalidad*, cit., nota 80, p. 78), que considera que «aludir al fenómeno de atribución de resultados descrito mediante el término «imputación» y no ya mediante el de «causalidad» comporta enfatizar el carácter puramente normativo-valorativo del mismo». Como ha puesto de manifiesto la civilista María MEDINA ALCOZ (*La culpa...*, cit., p. 146), lo verdaderamente decisivo es, no la denominación, sino que no se confunda la *quæstio facti* con la *quæstio iuris*. Además, un énfasis excesivo en el carácter «puramente fáctico» de la causalidad física puede ensombrecer el dato fundamental de que las cuestiones de hecho no están en absoluto exentas normatividad, pues la apreciación de cualquier enunciado fáctico está subordinada a la aplicación de reglas de valoración probatoria, tal como después se dirá (ap. III).

(590) F. PANTALEÓN PRIETO, *Causalidad...*, cit., pp. 1561-1591.

(591) *Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen*, en *Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie*, Leipzig, 1900.

(592) Como veremos, la regla probabilística introducida por VON KRIES es, en cierto modo, la que hay que aplicar en ge-

La teoría de la imputación objetiva trata de contener las desmesuradas potencialidades aplicativas de la visión naturalista de MILL y VON BURI, discriminando, con base en criterios y valores normativos, los factores físicos que, pese a identificarse como causantes materiales del daño, no deben reputarse capaces de engendrar responsabilidad; de los factores del mismo tipo que, en cambio, se entiende que deben tener esa capacidad atributiva (593). Se trata, en definitiva, de una teoría volcada en la

neral para tener por cierto y demostrado un hecho cualquiera, y no sólo el de la causalidad. En realidad, se trata de un criterio que, al menos en parte, opera en el terreno de la causalidad física para valorar el grado de certeza de que el hecho ilícito fue condición necesaria del daño (*vid.*, en este Cap., ap. III.2.2). Pero, dejando al margen esta cuestión, conviene señalar que la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo no se ha hecho eco aún del variado elenco de criterios selectivos que aporta la teoría de la imputación objetiva, aplicando sólo el de la adecuación causal (*vid.* el estudio jurisprudencial de F. LÓPEZ MENUDO, E. GUICHOT REINA y J. A. CARRILLO DONAIRE, *La responsabilidad...*, cit., pp. 78-79). Tal cosa obedece, quizá, a la circunstancia de que los problemas causales sobre los que suele pronunciarse tienen que ver más con la valoración de si el hecho enjuiciado fue *condicio sine qua non* (causalidad física) que con la utilización de pautas jurídicas para discriminar las causas físicas acreditadas relevantes de las irrelevantes (imputación objetiva). En cualquier caso, los términos en que se expresa suelen ser bastante confusos, pues el requisito de la causalidad ha servido para enmascarar la exigencia de que concurra un criterio de atribución (imputación subjetiva). Todavía es normal leer en las sentencias que la responsabilidad patrimonial es puramente objetiva, dando a entender que basta la concurrencia del nexo causal entre el daño y la acción administrativa para que surja el crédito resarcitorio; pero muchas de esas sentencias tan sólo aprecian este elemento cuando hay culpa, desencadenamiento de un riesgo específico, sacrificio especial o incumplimiento de un deber, esto es, cuando existe una concreta razón (título jurídico) para transferir el daño del patrimonio de la víctima al de la Administración. En este sentido, pero destacando cómo la tendencia generalizada es condenar en supuestos de anormalidad en el funcionamiento del servicio, GARRIDO FALLA (*Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de re-*

forma legislativa, RAP, núm. 94, 1997/2, p. 179), MARTÍN REBOLLO (*Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones*, RAP, núm. 150, 1999/3, pp. 336-337), MAGIDE HERRERO (*El criterio de imputación de la responsabilidad vigilando a la Administración; especial referencia a la responsabilidad de la Administración en su actividad de supervisión de sectores económicos*, en AAVV, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Valladolid, 16-18 de octubre de 1997, coord. J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ y A. CALOGNE VELÁZQUEZ, MARCIAL PONS, Madrid, 1999, pp. 374-378), DESDENTADO DAROCA (*Reflexiones sobre el artículo 141.1 de la Ley 30/1992 a la luz del análisis Económico del Derecho*, REDA, núm. 108, 2000, p. 540), CASINO RUBIO (*El Derecho sancionador y la responsabilidad patrimonial de la Administración*, Docum. adm., núm. 254-255, 1999, pp. 348, 356-357), MIR PUIGPELAT (*La responsabilidad... nuevo sistema*, cit., p. 60), J. C. LAGUNA DE PAZ (*Responsabilidad de la Administración por daños causados por el sujeto autorizado*, RAP, núm. 155, 2001, pp. 42-46), REBOLLO PUIG (*Sobre la reforma del régimen de responsabilidad de la Administración*, en AAVV, *Estudios para la reforma de la Administración pública*, dir. F. SAINZ MORENO, Inap, Madrid, 2004, pp. 224, 225) y GARCÍA DE ENTERRÍA (*Prólogo a O. MIR PUIGPELAT, La responsabilidad... nuevo sistema*, cit., p. 24).

(593) Esta fue la crítica de Karl BINDING (*Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, t. II, 1ª ed., 1877, p. 479, *apud* I. H. GOLDBERG, *La relación...*, cit., p. 21) a quienes pretendían basar la teoría de la causalidad exclusivamente en la concepción física de Maximilian VON BURI, que, aplicada consecuentemente, desemboca, según decía, en la afirmación de que todos son culpables de todo. Después de él, es frecuente leer que la teoría de la condición conduce a «proporciones cósmicas» (L. A. HART/A. M. HONORÉ, *Causation...*, cit., p. 104), a «formas hipertróficas de responsabilidad» (I. H. GOLDBERG (*La relación...*, cit., p. 38) o a «resultados difíciles de aceptar en térmi-

localización de las razones o criterios jurídicos que permitan restringir el amplísimo círculo de sujetos que, partiendo de la teoría de la *conditio sine qua non*, pueden presentarse como responsables del daño.

La doctrina alemana ha desarrollado más que ninguna otra el análisis de estas razones o criterios. El debate que ésta ha iniciado en torno a la teoría de la imputación objetiva es, según se ha dicho, uno de los más interesantes de los últimos años(594). La teoría está todavía en desarrollo y no ha alcanzado una formulación dogmática unitaria y definitiva, habiendo casi tantas versiones como autores(595). Pero, en lo que aquí interesa, todos comparten la idea de que una cosa es la causalidad física, para cuya definición hay que remitirse a las Ciencias naturales; y otra la imputación objetiva, que es el terreno dentro del cual el Derecho introduce criterios con que decidir si el daño puede ponerse a cargo del sujeto que lo causó materialmente(596). Para ilustrar el modo en que opera la teoría puede tomarse como ejemplo el criterio del «riesgo general de la vida» (*allgemeines Lebensrisiko*), configurado como título de imputación objetiva por la doctrina civil germana(597), a la que sigue el profesor PANTALEÓN PRIETO. Según este criterio, ha de negarse la imputación de los daños que estén ligados a la existencia natural de la víctima. No cabe así, por ejemplo, atribuir a quien causó una herida leve, los daños que la víctima sufrió después al ser atropellado cuando regresaba a su casa desde el hospital al que acudió para tratarse la primera lesión. El perjudicado, de no haber sufrido la herida, no habría acudido al hospital y, consecuentemente, habría estado en otro lugar cuando el conductor imprudente circulaba a toda velocidad. La conducta del autor de las primeras lesiones fue, pues, causa material del daño. Pero como es evidente que éste no ha de responder, se encuentra en el criterio del riesgo general de la vida el título en que apoyar la explicación técnica de la irresponsabilidad(598).

nos de justicia» (T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*El problema...*, cit., p. 692). Particularmente expresivas son en este sentido las palabras del penalista alemán G. JACOBS, *La imputación objetiva en el derecho penal*, trad. M. Cancio Meliá, 1ª ed., Univ. Externado de Colombia, Bogotá, 1994, p. 19: «la causación (...) es insuficiente para fundamentar por sí sola la imputación. Afecta únicamente al lado cognitivo de lo acontecido y por ello no aporta orientación social. Si a la hora de todo contacto social todos hubiesen de tener en cuenta todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada. No se construiría ni se matricularía ningún automóvil, no se produciría ni se serviría alcohol, etcétera, hasta el punto de que todos deberían prestar atención a la hora de pagar sus deudas a que el acreedor no planease algo ilícito con el dinero recibido. En conclusión, la interacción social quedaría asfixiada por funciones de supervisión y auxiliares».

(594) En este sentido, partiendo de

aportaciones de Bernd SCHÜNEMANN (*Consideraciones sobre la imputación objetiva*, en *Teorías actuales en el Derecho penal*, Jornadas internacionales ago. 1997, Facultad de Der. Univ. Buenos Aires, Bs. As., Ad-Hoc, 1998, pp. 222-223), G. J. FIERRO, *Causalidad...*, cit., p. 379.

(595) *Ibidem*, p. 380.

(596) M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación...*, cit., pp. 39-40. Una interesante y clarificadora síntesis de las diferentes versiones de la teoría en el Derecho español, en O. MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad... sanitaria*, cit., pp. 219-224.

(597) Cfr. E. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht...*, cit., pp. 381-389; H. KÖTZ, *Deliktsrecht*, 8ª ed., Luchterhand, Neuwied/Kriftel, 1998, pp. 70-72.

(598) Éste y otros ejemplos, así como un elenco de criterios de imputación objetiva en PANTALEÓN PRIETO, *Causalidad...*, cit., pp. 1973 ss. Estudios recientes de estas pautas o criterios en P. SALVADOR CODERCH/A. FERNÁNDEZ CRENDE, *Causalidad...*, cit., pp. 1-25; y, refiriéndose a la responsabilidad pa-

Es evidente, por tanto, que la teoría de la imputación objetiva presupone el hecho de la causalidad(599), es decir, el juicio de la causalidad física basado en la doctrina de la equivalencia de las condiciones, por lo que le es ajena la problemática de la pérdida de oportunidad, al trazarse esta última, precisamente, cuando, aún «sospechándose» que el agente causó física y materialmente el daño, no puede llegar a decirse que su conducta fue condición necesaria del daño(600). Las hipótesis de pérdida de oportunidad se plantean cuando la víctima deja de obtener un beneficio o sufre un daño, pero no puede demostrar que el (posible) agente dañoso fue el responsable. El que invoca la pérdida de una *chance* es, en definitiva, el que no ha podido probar que el hecho ilícito fue condición necesaria del daño, es decir, el que no ha logrado acreditar que ese hecho constituía uno de los eslabones de la infinita cadena causal. En consecuencia, la teoría de la causalidad jurídica no tiene nada que decir en cuanto a los problemas de la oportunidad perdida porque éstos surgen, precisamente, cuando no se ha dado el requisito que aquélla presupone: la prueba del hecho de la causalidad natural, es decir, la presencia de un factor cuya potencia etiológica es necesaria y suficiente.

Lo mismo ocurre con las hipótesis de daño causado por miembro indeterminado de grupo, a las que pueden asimilarse las contempladas por la doctrina de la *Market Share liability*. Sólo uno de los componentes de la colectividad causó el daño por lo que obligar solidariamente a la reparación por desconocerse quién lo hizo exactamente implica declarar la responsabilidad sin que se haya demostrado que la conducta de cada uno fue condición necesaria o causa física del daño(601). Consecuentemente, la espinosa cuestión a la que se enfrenta la responsabilidad colectiva es previa a la de la selección de la causa física relevante (imputación objetiva); es la de brindar tutela pese a la falta de acreditación de una condición *sine qua non* susceptible de ser escogida o descartada (causalidad física).

2. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y LA OPORTUNIDAD PERDIDA COMO TEORÍAS FUNCIONALMENTE OPUESTAS

La doctrina de la *chance* está llamada a funcionar en el marco de la

trimonial de las Administraciones públicas, O. MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad... sanitaria*, cit., pp. 244-317.

(599) Como señala M. MARTÍNEZ ESCAMILLA (*La imputación...*, cit., nota 74, p. 21), «[l]a esterilidad de la relación causal como criterio delimitador entre el hecho propio y el accidente no significa que para la imputación no sea necesaria la comprobación del nexo causal».

(600) Ha utilizado esta expresión P. TRIMARCHI (*Causalita...*, cit., pp. 12-13), al referirse a la responsabilidad colectiva por

daño causado por miembro indeterminado de grupo como «responsabilidad por causa sospechada» (*responsabilità per causa sospettata*). El autor contemplaba sorprendido la legislación alemana, por obviar en estos casos la exigencia de la prueba de la condición *sine qua non* del resultado dañoso y dejarse inspirar por un curioso «principio de responsabilidad sospechada» (*principio di responsabilità sospettata*).

(601) A. M. HONORÉ, *Causation and remoteness...*, cit., pp. 78-79; I. H. GOLDENBERG,

causalidad de hecho, cuando aún no ha podido penetrarse en el de la causalidad jurídica ni, consecuentemente, discurrirse en torno a la concurrencia de motivos o razones que permitan imputar objetivamente el daño; y, en aquel plano, trata de ser el remedio con el que asegurar que la víctima obtenga un resarcimiento que, acomodado al grado de probabilidades de que el hecho ilícito propiciara la lesión, venga a paliar la situación en que queda, al sufrir el sacrificio irremediable de una posibilidad real de ventaja sin que haya resultado acreditado el lazo causal natural. Por eso puede decirse que el sentido institucional de la teoría de la oportunidad perdida se opone diametralmente a la teoría de la imputación objetiva. Esta última introduce valoraciones normativas para negar la responsabilidad civil en casos en que ha quedado acreditada la causalidad física y la primera, en cambio, busca argumentos para condenar al agente, pese a que su actuación no se presenta como condición necesaria del daño.

La circunstancia de que, en la actualidad, gocen de predicamento la doctrina de la pérdida de oportunidad y otras que, como las teorías de la responsabilidad colectiva o de la responsabilidad por cuota de mercado, persiguen idénticos fines (proporcionar tutela en casos en que no es patente la presencia del vínculo causal, reconociendo el derecho a una indemnización acomodada a la probabilidad de que el sujeto agente fuera responsable) revela un cambio de actitud o percepción del problema de la causalidad. La teoría de la imputación objetiva, al igual que sus predecesoras, se ha formulado con la intención de recortar las potencialidades aplicativas de un sistema que, de basarse en la estricta realidad causal, se creía, no tendría límite⁽⁶⁰²⁾. En cambio, la doctrina de la oportunidad perdida, de la misma manera que la de la causa anónima y la de la responsabilidad por cuota de mercado, se formula para ampliar esas potencialidades aplicativas porque, se cree, hay casos en que resulta injusto condicionar el surgimiento del crédito resarcitorio a la prueba fehaciente del lazo causal natural.

Cierto es que la percepción de que el elemento causal es un problema y de que la teoría de la *condicio sine qua non* no lo resuelve satisfactoriamente constituye una constante en todos los estudios de responsabi-

La relación..., cit., pp. 151-160; P. TRIMARCHI, *Causalita...*, cit., 12-13.

(602) A. M. HONORÉ (*Causation and remoteness...*, cit., p. 7) ha puesto de relieve el denominador común de la mayor parte de las variadas teorías que, después de la formulación de la de las condiciones equivalentes, han venido proponiéndose: la preocupación por introducir límites o criterios normativos con que negar virtualidad jurídica a auténticas y verdaderas causas: «*some limit must be imposed if the notion of cause is to be used in ordinary life for purposes of explana-*

tion and prediction and in the law for fixing the limits of responsibility. Otherwise its extension would be so vast as to become unmanageable. Linguistically this restriction of the use of «cause» to certain types of condition is marked in the law by saying that the tortfeasor's conduct or the defining event, must be a «proximate», «efficient», «adequate» or «direct» cause of the harm. These words naturally import different theories of causation, but have the common feature of requiring that not all conditions, but only certain types, are legally to be treated as causes».

lidad civil. Ahora bien, si, tradicionalmente, la causalidad se ha considerado problemática porque se temía que, a través de ella, pudieran multiplicarse exponencialmente las demandas de responsabilidad civil; ahora se ve de la misma manera, pero, en gran medida, porque se constata que con ella está llegándose al resultado exactamente contrario en determinados casos: el peligro de una sistemática exoneración de responsables debida a la dificultad de acreditar el nexo causal natural.

Son reveladoras en este sentido las palabras del norteamericano P. H. SCHUCK(603): «la consideración sistemática de las ideas causales en el derecho estuvo durante largo tiempo confinada a la academia y los tratados (...). La reciente explosión de litigios en casos de daños tóxicos, en especial el subconjunto de daños tóxicos masivos, ha instigado una reconsideración de las exigencias causales tradicionales –que por lo general no se satisfacen en estos casos– y también las bases filosóficas de la causalidad, que son siempre cuestionadas. (...). [E]l debate actual presta más atención a la cuestión de la “causa *sine qua non*” que a la causa próxima –foco del debate causal durante largo tiempo–. Los casos de daños masivos –y algunos casos de mala práctica médica– nos han guiado en este nuevo rumbo. En dichos casos, el problema no es tanto decidir el punto en el cual el tribunal debe considerar que la relación causal fue interrumpida –la cuestión clásica de la causa próxima–, sino decidir si un agente en particular fue capaz de producir síntomas observables –la cuestión «general» de la causa *sine qua non*– y si fue capaz de producirlos en ese caso específico, tomando en cuenta la naturaleza y el nivel de exposición del demandante –la cuestión «específica» de la causa *sine qua non*–». Aunque, como dice el autor, la cuestión de los daños masivos constituye el motor de las tendencias revisoras de la causalidad tradicional, lo cierto es que las variadas hipótesis de daño por pérdida de oportunidad, que exceden el ámbito sanitario, y las de responsabilidad colectiva explican también por qué el debate causal se está desplazando de la causalidad jurídica a la naturalística(604).

Por lo menos en algunos sectores (actividades sanitarias, legales e industriales; fabricación y distribución de productos; procesos, procedimientos, concursos y oposiciones), se aprecia cómo los teóricos del Derecho de daños y la propia jurisprudencia dirigen sus esfuerzos en otro sentido, movidos por un espíritu de ampliación más que de restricción; y ello obedece, quizá, al convencimiento de que demostrar la causalidad no es sencillo en absoluto(605). Se está tomado conciencia de que el

(603) *Dos cuestiones...*, cit., pp. 171-172.

(604) Partiendo de HOPF (*Kausalität...*, cit., pp. 245-246), G. J. FIERRO (*Causalidad...*, cit., p. 159), ha insistido en que los conceptos de causalidad material e imputación objetiva no siempre son congruentes. Hay, de un lado, casos en que un resultado producido por un comportamiento humano no puede ser imputado; y casos en que se imputan daños pese a que es imposible afirmar una relación causal natural. Los primeros se presentan cuando concurre

una multiplicidad de agentes dañosos indeterminados, como en el caso del uso de vaporizadores o de *spray* que afectan a la capa de ozono; y los segundos cuando la interposición de condiciones causales impiden asegurar que la condición inicial provocó materialmente el daño.

(605) Según J. BORÉ (*L'indemnisation...*, cit., ap. núm. 2), dentro de la comunidad jurídica dedicada a los temas de responsabilidad civil pueden identificarse dos «actitudes del espíritu». Hay, de un lado, una

juzgador no accede directamente a los hechos; de que llega a ellos a través de una percepción que, inevitablemente contaminada por la subjetividad, la imperfección del conocimiento empírico, las limitaciones inherentes al proceso y las dificultades del caso enjuiciado, sólo puede expresarse en términos de probabilidad. Se está abandonando, en definitiva, la clásica actitud del jurista acerca de los hechos, consistente en dar por descontado que en el proceso es posible asegurar su verdad⁽⁶⁰⁶⁾. Por eso, se constata primero que, en determinados casos, la exigencia de la prueba de la causalidad natural, lejos de incrementar exageradamente el círculo de responsables, lo suprime totalmente; y se proponen después doctrinas y teorías que tratan de proporcionar tutela aunque falte la prueba patente del nexo causal.

Según se ha dicho, el debate causal tradicional ha girado en torno a una serie de problemas que no se plantean en la inmensa mayoría de los

postura abierta, propensa a resarcir con sensibilidad justicial cualquier tipo de daño, aunque ello suponga romper algún molde tradicional; postura audaz, porque permite saltar de lo conocido a lo desconocido, restringiendo el ámbito de las conjeturas, pero que es, ante todo, realista. Hay, de otra parte, una postura propensa a dejar de resarcir los daños que se sustraen a los modelos tradicionales; postura conservadora, porque se niega a penetrar en el terreno de lo ignoto, aceptando sólo lo trillado previamente, siendo, por tanto, una postura abdicativa con la que se renuncia a remover y superar las enseñanzas aprendidas sobre la certeza del daño. Un exponente del movimiento *Critical Legal Studies*, el profesor norteamericano Jack M. BALKIN (*La retórica de la responsabilidad*, en AAVV, *La responsabilidad extracontractual*, AAVV, *La responsabilidad extracontractual*, comp. C. F. Rosenkrantz, Gedisa, Barcelona, 2005, p. 146) ha analizado ambas actitudes a través de «los recursos teóricos que se utilizan para enfatizar o restar importancia a la responsabilidad de las víctimas o de quienes causan un daño» (p. 145). Sostiene que la ideología de quienes abordan cuestiones de responsabilidad civil condiciona en gran medida sus resultados; y que ésta puede adivinarse a través del estudio de la retórica. Identifica dos grandes tipos de argumentos ideológicos, uno de tipo «individualista» y otro de tipo «comunitarista» (pp. 125-129). El primero resta importancia a la responsabilidad que una persona tiene en relación con los efectos que su comportamiento provoca a terceros; y el segundo pone el énfasis en la responsabili-

dad. Conforme a estos planteamientos, cabe entender que, por lo general las cuestiones causales han sido abordadas tradicionalmente bajo la influencia del «espíritu de restricción» del que habla BORE y expresado a través de los «argumentos individualistas» a que hace referencia BALKIN; y que, en la actualidad, parece predominar un «espíritu de ampliación» manifestado mediante «argumentos comunitaristas».

(606) En parecidos términos, M. GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, cit., p. 36. Hasta hace relativamente poco, los juristas, preocupados más por la teoría de la interpretación de las normas que por la de la valoración de las pruebas, sin percatarse específicamente del hiato ontológico que separa lo efectivamente ocurrido de lo efectivamente demostrable, se han limitado a orientar la actividad de apreciación de los hechos con indicaciones genéricas al sentido común y a la libre convicción judicial (Así, M. TARUFFO, *La prova...*, cit., pp. 200, 204; en parecido sentido, D. GONZÁLEZ LAGIER, *Hechos...*, cit., 39-42; L. MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria...*, cit., pp. 20-21). Esta tendencia se ha dejado sentir en los estudios de Derecho tanto material como procesal; y, en relación con estos últimos, tanto en los referidos al proceso en sentido estricto como al procedimiento administrativo. Así lo ha puesto de manifiesto C. BARRERO RODRÍGUEZ, *La prueba en el procedimiento administrativo*, prólogo F. LÓPEZ MENUDO, 3ª ed., Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 37, 149-150. A esta cuestión se ha hecho ya referencia con cierto detenimiento en el Capítulo I (ap. III.1.1).

casos de responsabilidad por culpa(607). Se ha denunciado así la desmesurada desproporción entre la enorme cantidad de literatura jurídica dedicada a la cuestión, sobre todo en el ordenamientos alemán –aunque también en el norteamericano–, y su relativa importancia práctica(608). Por eso, dice MARKESINIS, los juristas franceses a menudo parafrasean las palabras de VOLTAIRE relativas a la existencia de Dios y afirman que, si no existiera la causalidad, los alemanes la habrían inventado para tener algo con lo que ejercitar sus mentes(609).

Dejando a un lado la provocación, lo cierto es que las cuestiones causales que ocupan a los jueces y tribunales no suelen tener que ver con la doctrina de la causalidad adecuada o la teoría de la imputación objetiva, esto es, con la necesidad de encontrar un criterio de «restricción» para negar relevancia jurídica a una causa física probada. En cambio, son muy frecuentes las sentencias que encaran la dificultad de valorar el dato fáctico de la causalidad, debiendo realizar un juicio en torno a qué habría ocurrido sin la intervención del hecho ilícito en situaciones de precariedad informativa. La prueba del hecho causal es, ciertamente, un problema práctico de primer orden al que la doctrina jurídica no ha brindado tradicionalmente excesiva atención: en 1969 una de las autoridades mundiales en materia de causalidad, el profesor A. M. HONORÉ, dedicaba a la cuestión de la prueba las últimas tres páginas de su amplio y magnífico artículo(610); y, todavía en 1984, la imprescindible monografía del argentino I. H. GOLDENBERG era casi igual de parca(611). No obstante, la prueba del nexo de causalidad empieza a considerarse uno de los principales problemas del instituto de la responsabilidad, al que se consagran ya bastantes estudios. Como ha puesto de manifiesto la doctrina norteamericana, el debate en torno a la causalidad física se ha convertido en un debate de carácter «transcursal», pues está convocando «no sólo a la doctrina de la causalidad sino también a otras áreas del derecho»; y, entre éstas, están siendo fundamentales las de la prueba y las del proceso, en general(612). Este fenómeno empieza a manifestarse en España, donde, al menos en parte, se está desplazando la atención de la teoría de la imputación objetiva a la teoría de la causalidad física y su prueba(613).

(607) Basil Spyridonos MARKESINIS, *The German...*, cit., pp. 484-485.

(608) *Ibidem*, pp. 82, 90.

(609) *Ibidem*, p. 82.

(610) *Causation and remoteness...*, cit., 151 pp.

(611) *La relación...*, cit., 240 pp. La cuestión de la prueba de la *condicio sine qua non* se analiza en esta obra en pp. 221-232.

(612) P. H. SCHUCK, *Dos cuestiones...*, cit., p. 172.

(613) En España, se ha situado recientemente en esta línea el profesor LUNA YERGA, quien, marcadamente influido por el Derecho norteamericano, ha insistido en la importancia de las reglas probatorias y su relación con el problema de la causalidad. Buena parte de su monografía se consagra a esta cuestión (*La prueba...*, cit., pp. 497-564), de la que dice que «no constituye

una cuestión propia y exclusiva de la dogmática procesal sino que adquiere alcance sustantivo», denunciando que, en nuestro país, «la manualística no se ha ocupado en exceso del concreto problema de la prueba de la relación de causalidad, pues en general se entiende que es una cuestión que no plantea excesivos problemas e, incluso, cuando de daños personales se trata, que la causalidad es con frecuencia algo evidente» (pp. 27, 401-402). Por lo demás, demostrativo del creciente interés por el tema de la causalidad física y su prueba –interés que se traduce, por lo general, en la afirmación de teorías con que vencer las dificultades de acreditación para garantizar el resarcimiento– es el considerable número de trabajos que están apareciendo en relación con la responsabilidad por productos, los atentados al Medio Ambiente y las ne-

Es, pues, preciso determinar hasta qué punto esta nueva preocupación de los juristas, traducida en la inversión radical del sentido de sus planteamientos, puede desembocar en una crisis (transformación) de la teoría clásica de la causalidad y el advenimiento de un modelo distinto del que la prueba de la *condicio sine qua non* deje de constituir siempre y en todo caso uno de sus elementos. Tal aporía se plantea con mayor detenimiento en el Capítulo VI e intenta resolverse en el Capítulo VII, después de desarrollar en éste los perfiles de la teoría clásica, poniendo el énfasis en la parte que ha merecido menor atención dentro de la doctrina española y que es preciso conocer para ubicar con mayor precisión las hipótesis de oportunidad perdida: la prueba del hecho de la causalidad.

III. La prueba del hecho de la causalidad: el cálculo de probabilidades

1. EL JUICIO DE CAUSALIDAD FÍSICA COMO JUICIO RACIONAL Y NORMATIVO DE VALORACIÓN

La doctrina especializada, cuando explica la teoría de la causalidad, insiste en que es preciso diferenciar el plano de los hechos (causalidad física) del plano del Derecho (causalidad jurídica). El primero se refiere al dato fáctico de la causalidad y está libre, según se dice, de valoraciones específicamente jurídicas o normativas, pues, en él, lo que interesa es, sencillamente, que el hecho ilícito provocara materialmente el daño(614). El segundo, en cambio, requiere de la aplicación de normas, pues, en él, se toma aquel dato para calificarlo jurídicamente como relevante, si del sistema de responsabilidad se desprende una regla o criterio favorable a ello; o irrelevante, si el Derecho no encuentra razón alguna para imputar objetivamente el perjuicio al agente dañoso, por más que lo causara efectivamente.

En España, el profesor PANTALEÓN PRIETO fue el primer civilista que formalizó claramente esta postura, tomándola del Derecho alemán: «El problema de la existencia o no de nexo de causalidad entre la conducta del posible responsable y el resultado dañoso –lo que los anglosajones llaman *causation in fact*– no debe en modo alguno ser confundido con el problema radicalmente distinto de si el resultado dañoso, causalmente ligado a la conducta en cuestión, puede o no puede ser “puesto a cargo” de aquella conducta como «obra» de su autor, de acuerdo con los criterios establecidos al efecto por el legislador, o deducidos por el operador jurídico de la estructura y función de las normas de responsabilidad correspondientes. No debe

glicencias de los profesionales legales y sanitarios; donde se estudian diferentes técnicas de facilitación probatoria y, entre ellas, las doctrinas de la pérdida de oportunidad, de la causa anónima y de la responsabilidad por cuota de mercado. En los Ca-

pítulos I (aps. III.1.2), II (ap. II.2) y III (ap. IV) he recogido una parte de esta bibliografía.

(614) Así, refiriéndose sólo a la causalidad natural, F. PANTALEÓN PRIETO, *Causalidad...*, cit., p. 1563.

ser en modo alguno confundido, en suma, con el problema de si el resultado dañoso es o no *objetivamente imputable* a la conducta del demandado, lo que se ha llamado, en forma muy imprecisa, "causalidad jurídica" (la *causation in law*, *legal causation* o *remoteness of damage* de los anglosajones) y lo que la doctrina alemana, con más precisión, denomina *objektive Zurechnung*» (615).

En relación con las causalidades físicas que proporciona la Administración, MIR PUIGPELAT ha insistido en el carácter «puramente fáctico» de las cuestiones que pueden considerarse de causalidad en un sentido estricto: «La causalidad o nexo causal, como ya sabemos, posee una naturaleza fáctica, ajena a cualquier consideración axiológico-normativa. No cabe, pues, tratar de elaborar conceptos *jurídicos* de causalidad, con los que tratar de limitar los nocivos efectos (nocivos desde la perspectiva del Derecho) de la causalidad naturalística. Para limitar los amplísimos efectos de la causalidad, y reconducir sus conclusiones a soluciones justas adaptadas a la sensibilidad judicial de cada momento histórico, ya está la imputabilidad (...). La causalidad se mueve en el plano del *ser*, existe con independencia de las concretas valoraciones humanas, y sólo podemos captarla acudiendo a los resultados alcanzados por las ciencias naturales (...). Así, es obvio que si, como parece indubitado (...), la causalidad es una cuestión fáctica, naturalística, que pertenece al mundo del *ser*, y su conocimiento sólo es posible a las ciencias naturales, es necesario que las disciplinas jurídicas remitan a dichas ciencias naturales (y a quien las domina: el científico, el perito) para determinar su existencia o su inexistencia en el caso concreto» (616).

La separación de los planos fáctico y jurídico ha permitido racionalizar en los últimos años la teoría general de la causalidad; y, en lo que aquí interesa, ha servido para ubicar con precisión las hipótesis de oportunidad perdida dentro de ella, en el ámbito de la causalidad física. Ahora bien, es necesario matizar la afirmación de que el juicio de causalidad naturalística está desprovisto de valoraciones normativas; y desmentir la creencia de que corresponde al científico natural averiguar si una conducta fue *condicio sine qua non* de tal manera que, sólo cuando su criterio es positivo, debe pronunciarse el jurista calificando la causa física probada como relevante o intrascendente a los efectos de la responsabilidad civil (617).

Desde luego, no puede admitirse que el Derecho cree nociones jurí-

(615) *Causalidad...*, cit., pp. 1561-1562.

(616) *La responsabilidad... sanitaria*, cit., p. 230, 235-236. Tal planteamiento es el que, procedente del Derecho alemán, ha llegado al Derecho penal español antes que a los ámbitos jurídico-civil y jurídico-administrativo. Así, M. MARTÍNEZ ESCAMILLA (*La imputación...*, cit., pp. 7, 10), después de señalar que la teoría del delito se ha inspirado en el pensamiento mecanicista, admite que la cuestión de la relación causal «no puede ser resuelta con criterios normativos sino científico-naturales».

(617) En este orden de ideas B. S. MARKESINIS ha afirmado que el *bifurcated approach* es correcto, pero hay que reconocer que el plano de apreciación fáctica adquiere también fuertes connotaciones normativas (*The German...*, cit., p. 83). Es la idea que H. L. A. HART/A. M. HONORÉ expresan de la siguiente manera: «*the bifurcation of casual questions has, however, real merits (...). These two aspects of causation, even if they cannot be crudely opposed as «factual» and «non-factual» are of very different character*» (*Causation...*, cit., pp. 104-105).

dicas de tiempo y espacio, pero no puede negarse que establece criterios normativos tanto en las cuestiones de hecho como en las de Derecho(618). La prueba empírica de un hecho, como la del hecho causal, «no es en realidad una actividad solamente cognoscitiva, sino que siempre forma la conclusión más o menos probable de un procedimiento inductivo cuya aceptación es a su vez un acto práctico que expresa un poder de elección respecto de hipótesis explicativas alternativas»(619). Por eso, valorar qué habría ocurrido, de no haber mediado el hecho ilícito, es, en realidad, un juicio *normativo*, sujeto a criterios variables de racionalidad, que mide el grado (de correspondencia con la) verdad de la hipótesis de que el agente causó el menoscabo. El Derecho procesal e, incluso, normas sustantivas del sistema de responsabilidad civil aportan un buen número de reglas y criterios con que afirmar la existencia de una causalidad física o científico-natural: la prueba de los hechos –la apreciación de su existencia– está sujeta a pautas jurídicas de valoración racional impuestas por el Derecho procesal o derivadas de exigencias intrínsecas del instituto resarcitorio(620). Es preciso, pues, relativizar en cierta medida la distinción entre *questio facti* y *questio iuris*, pues también las del primer tipo están «teñidas de normatividad»(621); y reconocer dignidad jurídica a la teoría de la causalidad física.

Ciertamente, la causalidad física o natural es un hecho hipotético cuya existencia se afirma de conformidad con la doctrina de la condición, cuando, representado idealmente el curso de los acontecimientos a partir de las pruebas periciales y, en general, a través de la información recabada en el proceso, se concluye que, de faltar el acto ilícito, la víctima no habría sufrido el menoscabo. Pero la presencia en el caso con-

(618) Dice G. J. FIERRO (*Causalidad...*, cit., pp. 143-144) que «la mera consideración de algo por el derecho puede o no teñirlo con un barniz jurídico (...). El derecho, atendiendo diversas finalidades que presiden la solución de dos problemas distintos, puede en un caso tomar en consideración un elemento y en el otro adoptar el criterio opuesto y así toda la cuestión queda reducida a una diferente valoración jurídica».

(619) L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 39.

(620) En este sentido, H. L. A. HART/T. HONORÉ (*Causation...*, cit., pp. 369) señalan que las reglas probatorias introducen un elemento de *legal policy* en las cuestiones de causalidad (*cause-in-fact*). En esta línea y en relación con el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, J. GONZÁLEZ PÉREZ (*La responsabilidad...*, cit., p. 514) dice, a mi juicio con todo acierto, que la relación de causalidad

es «una apreciación jurídica sobre hechos». Por eso señala que cabe revisar en casación tal apreciación si resulta absurda o arbitraria, invocando las SSTs de 21 de febrero de 2003 (RJ 2003, 2780), y 7 de septiembre de 2005, 1304/2001 (RJ 2005, 8846) (p. 515).

(621) D. GONZÁLEZ LAGIER, *Hechos...*, cit., pp. 19 ss. Sobre estas diferencias, cuando se trata de determinar el hecho de la causalidad, nos ocuparemos después (ap. III). Por ahora, basta decir que, en el proceso, el «hecho» es en realidad lo que se dice en torno a él, no el objeto que enuncia (M. TARUFFO, *La prova...*, cit., pp. 91-92). Los hechos se verifican de manera radicalmente independiente de categorías o conceptos. Lo que se prueba, define o reconstruye en el proceso a través de *nociones, valores y normas* son, pues, no los hechos en sí, sino enunciados referidos a ellos (*ibidem*, p. 92).

creto del dato la causalidad física no depende sólo de la observación de esta doctrina; está subordinada también a la aplicación de las (variables) reglas y estándares probatorios que en cada ordenamiento obligan a asegurar que se tengan por demostrados los enunciados fácticos que se corresponden en mayor medida con la realidad objetiva. De ahí que, aunque los sistemas del *Common Law* y del Derecho continental se formulen igual pregunta para resolver el juicio de la causalidad fáctica (¿se habría producido el daño si el hecho ilícito no hubiera tenido lugar?), proporcionen en casos similares soluciones distintas en cuanto a la existencia o inexistencia de ese dato de la realidad natural que es la causalidad (622). Los ordenamientos de cada una de estas familias han establecido (algunas) pautas de valoración probatoria dispares, lo que, a la vez que demuestra la importancia del Derecho en el ámbito de la apreciación de los hechos, explica la diversidad de sus soluciones, pese partir ambas de los postulados de John Stuart MILL (623).

En este orden de cosas, HONORÉ señala que la apreciación de que el hecho ilícito es condición suficiente del daño depende de la cantidad de prueba (*quantum of proof*) y, en particular, del grado de probabilidad exigido, que varía de un ordenamiento a otro (624). Esta idea está clara en la literatura anglosajona, donde se dice que el problema preliminar de la causalidad (*preliminary problem of causation*), anterior al de la calificación jurídica de una causa natural como próxima, adecuada o relevante con base en el Derecho y el sentido común, es la prueba de que el hecho ilícito fue condición necesaria del daño (625). Sin embargo, tal idea no se expresa con

(622) Pueden consultarse ejemplos concretos en Cap. V, aps. II y III.

(623) Tal cosa ha sido puesta de manifiesto, en general, al referirse a la prueba de cualquier hecho, por M. TARUFFO, *La prova...*, cit., p. 55: «*così come vi sono diverse versioni della realtà e diversi vocabolari al di fuori del processo, la stessa variazione si verifica all'interno del processo. Come si è detto più volte, esistono diversi modelli di processo che si distinguono anche e proprio perché caratterizzati da strutture normative diverse attinenti alle modalità di accertamenti dei fatti: ne deriva che essi producono verità diverse (versioni diverse) dei fatti, in funzione delle rispettive differenze strutturali*». También, pero refiriéndose específicamente al lazo causal natural entre el daño y el hecho ilícito, entre otros, A. M. HONORÉ en su estudio de Derecho comparado (*Causation...*, cit., pp. 149-150); y P. H. SCHUCK (*Dos cuestiones...*, cit., p. 180). Este último ha puesto de manifiesto cómo, frente a la tendencial permanencia o aceptación de la teoría de la *condicio sine qua non*, las reglas epistémicas e institucionales a través de las cuales se afirma la concurrencia en el caso concreto de la causa física son «más controvertidas y variables».

Esta diversidad de reglas se estudia en ap. III.3.

(624) *Causation and remoteness...*, cit., pp. 67, 149-150.

(625) *Vide ex multis*, M. BRAZIER, *The Law...*, cit., pp. 249-250; S. F. BRENNWALD, *Proving causation...*, cit., pp. 748 ss.; L. A. HART/A. M. HONORÉ, *Causation...*, cit., pp. 364 ss.; M. A. JONES, *Torts*, cit., pp. 139-145; P. H. SCHUCK, *Dos cuestiones...*, cit., pp. 171-172. También en Francia, donde VINEY y JOURDAIN señalan que la presencia del elemento causal depende, de un lado, de que el hecho ilícito fuera condición necesaria y suficiente, de conformidad con la teoría clásica del profesor VON BURI; y, de otro, de que tal circunstancia pueda demostrarse porque, representado el curso normal de los acontecimientos, se concluya que había probabilidades suficientes de que no mediara el daño; exigencia ésta tradicionalmente encerrada en la teoría de la causalidad adecuada. Por eso llegan a la conclusión de que, en realidad, la teoría de las condiciones equivalentes y la teoría de la causalidad adecuada aportan elementos distintos, complementarios y, en cualquier caso, necesarios para resolver el juicio de

la misma claridad en España, donde el problema de la prueba de la causalidad natural, cuando se aborda, se acomete normalmente, no al hilo del problema de la causalidad física, sino *in fine*, después de explicarse la teoría de la causalidad jurídica, sin que quede clara cuál es su específica ubicación dogmática o normativa (626). Otro dato expresivo, quizá, de la ausencia en nuestro Derecho de una clara toma de conciencia en torno a la relevancia y contenido de la teoría de la causalidad física es que, en ocasiones, se ha querido justificar la responsabilidad colectiva por el daño derivado de la acción de alguno de los miembros de un grupo a través de la teoría de la imputación objetiva y, en particular, mediante el criterio del fin de la protección de la norma (*Schutzzweck der Haftungsbegründenden Normen*) (627). Ya hemos visto que la cuestión a la que se enfrenta la responsabilidad colectiva es previa a la de la selección de la causa física relevante (imputación objetiva); es la de la demostración de que hay una condición *sine qua non* susceptible de ser seleccionada o descartada (causalidad física) (628). En fin, la doctrina española parece tener bastante claros los perfiles de la teoría de la causalidad jurídica o imputación objetiva (es decir, la necesidad de depurar criterios con que negar virtualidad resarcitoria a determinadas causas físicas

causalidad física (*Les conditions...*, cit., pp. 163-165).

(626) Vide YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema...*, cit., pp. 214-215; F. REGLERO CAMPOS, *El nexos...*, cit., pp. 377 ss. Naturalmente, esta opción expositiva –que, por otra parte, se sigue en esta investigación– es perfectamente aceptable, pero es reveladora de la tradicional desconexión entre la teoría de la causalidad física y la del conocimiento judicial de los hechos.

(627) Así, en el trabajo de V. MÚRTULA LAFUENTE (*La responsabilidad...*, cit., pp. 79-86), que es el más profundo y detallado de cuantos se han publicado en España. Según el referido criterio atributivo, no cabe imputar objetivamente los daños que caen fuera del ámbito o finalidad de protección de la norma sobre la que pretende fundarse la responsabilidad del demandado (F. PANTALEÓN, *Causalidad...*, cit., p. 1580). Es la razón por la que no puede imputarse objetivamente al conductor de un ciclomotor los daños que sufre el pasajero por el impacto trasero de un camión. El conductor incumplió la prohibición legal de llevar pasajeros y, si no hubiera transportado a la víctima, el daño habría dejado de producirse. Sin embargo, no se le puede imputar objetivamente el daño porque esa prohibición persigue evitar el riesgo para la seguridad de la conducción que conlleva el transporte de pasajeros: el resultado lesivo está fuera del alcance de la normativa infringida [Cfr. J. GONZÁLEZ RUS, *Del homicidio y sus formas (I). El homicidio*, AAVV, *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, dir. M.

Cobo del Rosal, Marcial Pons, 1996, pp. 40 ss., donde se comenta la STS de 30 de mayo de 1988, que se atuvo al criterio expuesto]. Lo que a nuestros efectos interesa recalcar es que no cabe duda de que el daño habría dejado de producirse de haber cumplido el conductor con la normativa de tráfico, por lo que no puede negarse la conexión causal natural o material en este caso. El juicio de imputación objetiva opera, pues, para negar relevancia jurídica a una causa física probada; y los supuestos de daño causado por miembro indeterminado de grupo son casos en los que, no habiendo siquiera una etiología demostrada, no puede siquiera entrarse a razonar en términos de imputación objetiva. De todos modos, la autora señalada ha dicho con todo acierto en otro lugar con todo acierto que «la cuestión de la identificación del responsable del daño es una cuestión de causalidad, que en nuestro caso obliga en primer término a hablar de una causalidad fáctica meramente probabilística o hipotética, en cuanto que la acción de cualquiera de los partícipes pudo haber causado o simplemente favorecido la producción del resultado, en términos de la más estricta concepción de la teoría de la equivalencia de las condiciones» (*Causalidad alternativa...*, cit., p. 18).

(628) Como ha dicho GOLDENBERG (aunque refiriéndose a la imputación subjetiva –por culpa–), no cabe entrar en el terreno de la imputabilidad porque no se ha resuelto antes el problema de la causalidad (*La relación...*, cit., p. 158).

probadas), pero es más confusa en lo que refiere a la teoría de la causalidad física y régimen de prueba (es decir, el conjunto de pautas con que afirmar que el hecho ilícito es causa real y material del resultado dañoso, su *vera causa*) porque no siempre atribuye importancia al hecho de que la apreciación de una *condicio sine qua non* está sujeta a variadas reglas probatorias; porque, en ocasiones, para analizar el problema de la prueba de la causalidad, acude, no a la teoría del conocimiento judicial de los hechos, sino a la teoría de la imputación objetiva; y porque, cuando realiza alguna referencia a la probabilidad, la incluye normalmente al hilo de la explicación de las teorías de la causalidad jurídica(629).

En conclusión, el problema de la pérdida de oportunidad atañe, no a la teoría de la causalidad jurídica o imputación objetiva, sino a la teoría de la causalidad física. Una hipótesis de pérdida de *chance* puede plantearse cuando haya dejado de demostrarse la causalidad física o, lo que es lo mismo, cuando no se haya acreditado que el hecho ilícito fue condición necesaria de la pérdida del beneficio esperado. Esta apreciación es de orden fáctico y se llega a ella aplicando las reglas y estándares probatorios que impone el Derecho procesal y el Derecho de la responsabilidad civil. La cuestión de la presencia o ausencia de la causalidad (y, por ende, la de la pérdida de oportunidad) se traslada así, básicamente, a la teoría general del conocimiento judicial o de la valoración de la prueba, que es la que escudriña los criterios con que apreciar la certeza de un hecho que ha podido acaecer efectivamente (hecho real) o que habría podido acaecer en otras circunstancias (hecho hipotético). La determinación precisa de las hipótesis de pérdida de oportunidad está subordinada, consecuentemente, a la identificación de las pautas con que, en el ordenamiento español, se tiene por cierta la causalidad física; lo que remite al análisis de las formuladas por la dogmática del Derecho procesal y la Filosofía del Derecho para calibrar el grado de veracidad de un hecho, premisa menor del silogismo judicial. De ello me ocupo en los epígrafes siguientes.

2. LA PRUEBA DEL HECHO DE LA CAUSALIDAD COMO APROXIMACIÓN MERAMENTE PROBABILÍSTICA

2.1. *El juicio al hecho, en general*

Probar la causalidad física o natural es probar un hecho y, para algunos, esto es tanto como acreditar que ese hecho es verdadero. Para otros, significa, simplemente, apreciar la existencia de elementos suficientes de juicio para apoyar que el hecho es verdadero, aunque no lo sea en realidad. En fin, hay quien considera que probar no es demostrar la verdad, sino fijar formalmente un hecho, pues importa, no su corres-

(629) Este último aspecto se analiza con mayor detenimiento después (en este Cap., ap. III.2.2).

pondencia con la realidad objetiva, sino la utilización de procedimientos específicos que lo incorporen al razonamiento decisorio como premisa fáctica(630).

En esta investigación, en sintonía con la segunda de las posiciones brindadas, se parte de que la absoluta certeza es sólo un ideal «regulador y tendencial» y de que la valoración de una prueba es, sencillamente, un juicio acerca del grado de probabilidad atribuible a un enunciado fáctico(631). Ante la incapacidad de alcanzar un conocimiento incontrovertible en el mundo de la experiencia, probar es apoyar la existencia de hechos en la formulación de hipótesis válidas, no desde la seguridad total, sino desde la probabilidad(632). Por eso el criterio probabilístico

(630) Un exhaustivo análisis del concepto de prueba y su relación con la noción de verdad en J. FERRER BELTRÁN, *Prueba...*, cit., pp. 27-48; M. TARUFFO, *La prova...*, cit., pp. 1-66. Otro más breve en J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1998, pp. 19-28. Muy interesante el análisis comparado que, sobre estas cuestiones, lleva a cabo el profesor de Derecho procesal de la Universidad Pompeu Fabra, C. HERRERA PETRUS, poniendo de manifiesto que «[e]n el entorno continental suele entenderse, al menos idealmente, que el juez alcanza una resolución justa cuando ésta se basa en los hechos realmente sucedidos, es decir, en la verdad histórica que ha precedido al litigio. La labor del juez es, en cierto modo, científica: trata de reconstruir con rigor una realidad acontecida sobre la que debe aplicar la Ley» (*La obtención internacional de pruebas. Asistencia jurisdiccional en Europa*, pról. G. A. Bermann, Publics. Real Col. Esp., Studia Albornotiana núm. LXXXVIII, Bolonia, 2005, p. 83).

(631) Sigo en este punto al genial procesalista italiano M. TARUFFO (*La prova...*, cit., pp. 42-66, 143-144, 166), que se ha esforzado en justificar esta opción metodológica apoyándose en diversas razones. Las principales son la dificultad de explicar racionalmente cuál es la justicia de la sentencia si se niega que el proceso persiga la averiguación de la verdad de lo efectivamente acaecido; y la constatación de que las dificultades que indudablemente entraña la realización de este objetivo son las mismas que, en general, afectan al conocimiento empírico: «*Si tratta dunque di un problema eminentemente epistemologico poichè atiene ai caratteri e alle modalità della conoscenza di qualcosa, sia pure nell'ambito di uno specifico contesto di esperienza caratterizzato da regole ed*

esigenze istituzionali particolari». Es el planteamiento al que se atiene L. FERRAJOLI (*Derecho y razón...*, cit., p. 50) y el que defendía ya en los años sesenta el procesalista español L. MUÑOZ SABATÉ (*Técnicas probatorias...*, cit., p. 60), al señalar que el dominio de la prueba «es el de la propincuidad, o sea, de la aproximación por cercanía». En relación con el conocimiento empírico en general, el filósofo austriaco Karl Raimund POPPER (*Conjeturas...*, cit., pp. 276-277, 280 ss.; *Búsqueda...*, cit., pp. 36, 168) aporta las bases de estos planteamientos, al defender que la verdad objetiva o absoluta, aunque inalcanzable, funciona como «principio regulativo» o ideal que guía el juicio en torno a la admisibilidad de hipótesis. Es la tesis de la verdad como (grado suficiente de) correspondencia, magistralmente desarrollada por A. TARSKI, *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, trad. E. Colombo, Nueva Visión, Buenos Aires, 1972.

(632) Así, en el Derecho español, M. GASCÓN ABELLÁN, quien defiende planteamientos parecidos a los del procesalista italiano M. TARUFFO en su magnífica monografía: *Los hechos...*, cit., pp. 20-27. En este orden de ideas, D. GONZÁLEZ LAGIER (*Hechos...*, cit., pp. 39-49) ha escrito que «la certeza absoluta no puede exigirse como requisito necesario de la decisión judicial», como dan a entender ciertas afirmaciones de la doctrina procesalista, como la de que «la finalidad de la prueba es el convencimiento pleno del juez», entendido como «total y absoluta seguridad»; y que «la inferencia probatoria es siempre probable». Creo que, por lo menos en cierta medida, es también la postura de A. NIETO, *El arbitrio...*, cit., pp. 236-237: «Se entiende que un hecho está procesalmente probado cuando su grado de probabilidad es lo sufi-

ha de ser, a la postre, el criterio determinante de que se tenga por cierta o por indemostrada cualquier circunstancia fáctica y, por eso, también la de la causalidad. La prueba de un hecho es, en palabras de MUÑOZ SABATÉ, «un juicio de verosimilitud que no excluye nunca en forma absoluta el error judicial»; «es siempre un juicio de probabilidad, cualquiera que sea el medio empleado»(633).

Desde luego, el criterio probabilístico no es concluyente cuando, insertos en supuestos de prueba legal o tasada, el Derecho predetermina el sentido de la actividad probatoria asignando un valor a los medios de prueba. Tal cosa ocurre cuando el ordenamiento impone presunciones legales (*iuris tantum* o *iuris et de iure*), alejando la prueba de la verdad de los hechos (cuya mayor o menor probabilidad de certeza deja de interesar) y privilegia otros valores, unas veces de orden técnico (la eficacia de la Administración de justicia, evitando las dificultades de averiguar lo acaecido); y, otras, de orden ideológico o social (el orden familiar y el interés del niño que resulta protegido por la presunción de paternidad; o el tráfico jurídico y el interés económico de los sucesores, que resulta tutelado por la presunción de fallecimiento de los tripulantes y pasajeros de la nave transcurridos dos años desde el naufragio sin que de ellos se tenga noticia) (634).

Pero la tasación legal de pruebas, en el Derecho español, no es la regla general. Antes bien y de la misma manera que en los países de nuestro entorno, cuando el pensamiento ilustrado cultivó un modelo racional de conocimiento, se abandonó el paradigma de la prueba legal que, por entonces, se basaba en la idea de que, fijando *a priori* (desde la norma) el valor de la prueba, podía llegarse a la verdad de los hechos(635). El proceso jurisdiccional se abrió así a otro esquema valorativo que, apoyado en la convicción judicial, condujo a la apreciación de los hechos a través de su

cientemente elevado como para permitir afirmarlo racionalmente. La valoración de la prueba termina siendo, entonces, no una declaración empírica sino una operación racional de elección de la hipótesis más probable». Este análisis de los límites del conocimiento en relación con la premisa menor del silogismo judicial se corresponde, por lo demás, con el que ha realizado en relación con los límites del conocimiento del Derecho en su conjunto (*Los límites...*, cit., pp. 41-42): «Aunque no haya conceptos verdaderos ni objetivamente correctos, el jurista puede funcionar perfectamente en la vida cotidiana con conceptos y aserciones *plausibles*. La calidad se rebaja así un grado pero, en contrapartida, se hace asequible, dado que lo que no podemos saber como cierto podemos a veces *percibirlo* como plausible». Las cursivas son del autor. Parecidos planteamientos en I. COLOMER HERNÁNDEZ, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y lega-*

les, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 189 ss.

(633) *Técnica probatoria...*, cit., pp. 62, 66.

(634) Así, M. GASCÓN ABELLÁN (*ibidem*, p. 141), quien, no obstante, señala que ese alejamiento de la verdad objetiva no es total, pues, normalmente, las presunciones legales suelen apoyarse también en datos científicos y máximas de experiencia: lo normal es que los niños nacidos dentro del matrimonio sean del marido y tal cosa explica, en parte, el establecimiento de la presunción de paternidad. En este sentido, señalando que muchas presunciones legales se inspiran en el «principio de la normalidad», M. SERRA DOMÍNGUEZ, *Normas de presunción...*, cit., pp. 23 ss.

(635) M. GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, cit., pp. 32-33. También, por ejemplo, A. NIETO GARCÍA, *El arbitrio...*, cit., pp. 236-237; I. COLOMER HERNÁNDEZ, *La motivación...*, cit., pp. 206-209.

probabilidad(636). Frente a un sistema basado predominantemente en pruebas tasadas, se ha acabado afirmando otro estructurado alrededor del principio de apreciación libre, explícitamente recogido en nuestra LECr [arts. 741(637) y 973.1(638)]. Por eso se ha dicho que la libre convicción es, simplemente, un *principio metodológico* (negativo) que, aunque no impone un criterio (positivo) de valoración de la prueba, prohíbe las pruebas legales, como instrumento para determinar siempre el contenido de la sentencia(639). La libre convicción es una garantía epistemológica; un principio que, frente a una valoración legalmente reglada, prioriza la valoración discrecional(640). Otra cosa es que la práctica procesal manipule a veces el concepto, dando a entender que «el juez es completamente libre para decidir cuándo un hecho ha sido suficientemente probado, sin restricciones impuestas por reglas legales de valoración de prueba»(641). Esto es lo que se ha dado en llamar la falacia de la «íntima convicción» o «apreciación en conciencia»(642).

Nuestro sistema jurídico, al partir de aquella concepción de la prueba, obliga a fijar en el proceso los hechos *probablemente* verdaderos, esto es, los que parecen ciertos atendiendo al dato de su probabilidad(643). Tal conceptualización convierte la actividad probatoria en un jui-

(636) M. GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, cit., pp. 42-45, 157-161. También en este sentido, el magistrado A. ILLESCAS RUS, *Práctica y valoración del dictamen pericial*, en AAVV, *Psicología del testimonio y prueba pericial*, CGPJ, Madrid, 2006, p. 286, que subraya que «[a]un cuando algunos autores y pronunciamientos jurisdiccionales aislados han pretendido distinguir el sistema de valoración conforme a las reglas de la sana crítica como un *tertium genus*, a medio camino entre la prueba tasada y la libre valoración, la doctrina jurisprudencial mayoritaria subraya la íntima vinculación entre apreciación libre –o discrecional– y valoración realizada según las reglas de la sana crítica, y aun su equiparación, en contraste con el sistema de “prueba tasada”». El autor cita más de treinta sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo en este sentido.

(637) El precepto dispone: «El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley».

(638) El artículo establece: «El Juez, en el acto de finalizar el juicio, y a no ser posible dentro de los tres días siguientes, dictará sentencia apreciando, según su conciencia, las pruebas practicadas, las razones expuestas por el Fiscal y por las demás partes o sus defensores y lo manifestado por los propios acusados, y siempre que haga uso del libre arbitrio que para la califica-

ción de la falta o para la imposición de la pena le otorga el Código Penal, deberá expresar si ha tomado en consideración los elementos de juicio que el precepto aplicable de aquél obligue a tener en cuenta».

(639) M. GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, cit., pp. 158-159.

(640) *Idem*.

(641) D. GONZÁLEZ LAGIER, *Hechos...*, cit., pp. 41-42.

(642) Así, el profesor Daniel GONZÁLEZ LAGIER (*idem*), que trae a colación la explicación de la Sala 2ª del Tribunal Supremo en la sentencia de 10 de febrero de 1978: «Los tribunales apreciarán las pruebas practicadas, las alegaciones de las partes y las declaraciones o manifestaciones del acusado o imputado en conciencia, es decir, no ya sin reminiscencias de valoración tasada o predeterminada por ley –sistema felizmente superado– o siguiendo los dictados o reglas de la sana crítica o de manera simplemente lógica y racional, sino de un modo tan libérrimo y omnímodo que el juzgador, a la hora de apreciar los elementos probatorios puestos a su disposición, no tiene más freno a su soberana facultad valorativa que el proceder a ese análisis y a la consecutiva ponderación con arreglo a su propia conciencia, a los dictados de su razón analítica y a una intención que se presume recta e imparcial».

(643) En este sentido, dice F. CARNE-LUTTI (*Teoría general del Derecho*, trad. C. G. Posada, Ed. R. Der. Priv., Madrid, 1941, pp. 371-372), que «[h]ay en la imagen del hecho, que sirve para la valoración, más o me-

cio de *aceptabilidad* de los hechos en función de su nivel de probabilidad; y, por eso, la apreciación de los hechos queda sujeta a las reglas o criterios (positivos) con que apreciar que se ha alcanzado un «grado de probabilidad suficiente» (644). Hay, pues, normas que limitan el alcance de la discrecionalidad que el principio de libre convicción atribuye al juez (645).

La búsqueda de la verdad de los hechos, impuesta como directriz que ha de inspirar la actividad judicial (desde la plena conciencia de su estricta inalcanzabilidad), determina que la valoración de las pruebas no pueda entenderse como una libertad libérrima e incontrolable que, sin sujeción a ningún género de reglas, trasluzca las íntimas convicciones del juzgador siéndole ajena cualquier noción de racionalidad; ha de entenderse como actividad jurídica, sujeta a una metodología racional, consistente en la aplicación de pautas con que elegir la hipótesis más probable entre las diversas reconstrucciones posibles de orden fáctico (646).

Tales pautas son las que la LEC, acogiendo una fórmula de hondo arraigo, denomina «reglas de la sana crítica» [arts. 316.2 (647), 348 (648) y 376 (649)] o «reglas del criterio humano» [art. 386.1 (650)]. La «sana crítica» es un concepto jurídico indeterminado que remite a criterios

nos realidad, y el resto no diremos que sea falsedad, pero sí que no es realidad».

(644) M. GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, cit., pp. 160-161. En parecido sentido, ya se pronunció ampliamente L. MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria...*, cit., pp. 55-67 al estudiar el «alcance gnoseológico de la prueba». Señalaba que «no podemos ver en este estadio probabilístico, dentro del cual juega sus bazas la prueba judicial, otros posibles resultados que a los que llega la lógica polivalente de RICHENBACH, donde el concepto de verdad queda subsumido bajo el concepto de probabilidad y en la cual se señala una especie de escala comprendida entre los números 1 y 0. Hay dos certidumbres concebibles respecto a cualquier hipótesis: la certidumbre de su verdad y la de su falsedad. Los números 1 y 0 sería apropiados en este cálculo para designar estos extremos de conocimiento, mientras que las fracciones que poseen valores intermedios entre ellos, indican algo así como los grados en los cuales la evidencia se inclina hacia uno o hacia otro. Lo que ocurre, según este autor, es que identificamos poca probabilidad con imposibilidad y mucha probabilidad con seguridad, olvidándonos por completo de que estamos hablando, sin embargo, de probabilidades» (pp. 64-65).

(645) La idea clave es que, en estos ca-

sos, como señala L. LA BATTAGLIA (*Certeza del danno e difficoltà del quantum*, Danno resp., 2003/10, nota 34, p. 990), lo que es «*naturalisticamente incerto e solo probabile*» puede convertirse en «*certo e dimostrato*», desde el punto de vista del Derecho, en virtud de una concreta «*qualificazione giuridica*».

(646) M. GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, cit., pp. 160-161.

(647) Señala esta norma: «(...) los tribunales valorarán las declaraciones de las partes y de las personas a que se refiere el apartado 2 del artículo 301 según las reglas de la sana crítica (...)».

(648) El precepto establece: «El Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica».

(649) El artículo dispone: «Los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a la reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurren y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiese practicado».

(650) El tenor de esta disposición es el siguiente: «A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano».

racionales de valoración probatoria(651). Y, según se ha dicho, de la misma manera que tal tipo de concepto «no permite a la Administración Pública una absoluta discrecionalidad, de conformidad con la conocida teoría alemana de los tres círculos (el de certeza positiva, el de certeza negativa y el de incertidumbre), tampoco cabe reconocérsela de forma absoluta al juzgador de instancia»(652). De lo contrario, «en los círculos de certeza, positivos o negativos, estaríamos dando paso a la arbitrariedad, que está constitucionalmente prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución a cualquier poder público»(653).

2.2. *El juicio al hecho de la causalidad, en particular*

A la luz de lo anterior, resulta perceptible que la prueba del hecho de la causalidad es la prueba de un hecho (hipotético) cuya valoración queda sometida a pautas racionales que, basadas en la probabilidad, tienden a garantizar que quien resulte condenado a reparar un daño sea quien efectivamente lo causó. Por eso puede decirse que «la causalidad es una noción irreductiblemente probabilística; las proposiciones causales establecen correlaciones estadísticas, verdaderas sólo bajo ciertas condiciones y sólo con alguna probabilidad»(654).

Esta idea no está explicitada en las normas españolas de responsabilidad por daños, pero sí en el Código Civil portugués, cuyo artículo 563 dispone que el agente dañoso responde sólo de las lesiones que *probablemente* la víctima no habría padecido de no mediar el hecho ilícito: «*A obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão*». En cualquier caso, los ordenamientos jurídicos de la Europa continental parten de este planteamiento, aunque la fórmula probabilística se haya encerrado, tradicionalmente, en el marco de una concreta teoría de causalidad, la de la causalidad adecuada; teoría que, según hemos dicho(655), es captada en la actualidad por algunos autores como uno de los variados crite-

(651) Así, L. COSCULLUELA MONTANER, *Reflexiones sobre la prueba en el proceso contencioso-administrativo. Acerca de la aplicación al procedimiento contencioso administrativo ordinario de las normas reguladoras de la prueba de la Ley 1/2000 (LEC)*, en *La justicia administrativa. Libro homenaje al prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, coord. M. J. MONTORO CHINER, Atelier, Barcelona, 2003, p. 411.

(652) *Idem*.

(653) *Idem*. Por su parte, el italiano M. TARUFFO (*Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba*, trad. D. González Lagier, Discusiones, Rev. electrónica, <http://www.cervantesvirtual.com>, p. 82) ha escrito en este sentido que «[e]n España, las referencias a las reglas de la sana crítica que se encuentran en varias normas de la Ley de

Enjuiciamiento Civil (...) no remiten a las reacciones subjetivas del juez, sino a la aplicación de «reglas» que deberían fundar un razonamiento cognoscitiva y lógicamente correcto».

(654) P. H. SCHUCK, *Dos cuestiones...*, cit., p. 178. Expresivas en este sentido son las palabras del suizo C. MÜLLER (*La perte...*, cit., pp. 42-43): «*Que ce soit dans la détermination d'un fait ou d'un lien de causalité naturelle, la probabilité doit suppléer pour le juge la certitude que, dans nombre de cas, elle n'a pu atteindre ou acquérir. La probabilité doit servir à la juge que comme une aide pour fixer des faits «tenués pour certains», à partir desquels pourra être mise en oeuvre la règle de droit. Mais celle-ci se fondera sur une certitude judiciaire entière*».

(655) En este Cap., ap. II.1.

rios con que imputar objetivamente el daño materialmente causado(656). Por eso, cuando la doctrina o la jurisprudencia niegan la causalidad jurídica (o la objetiva imputabilidad) por reputar la causa física probada como «inadecuada», es frecuente que, en realidad, quieran decir que falta la prueba de la causa física en sí, porque no ha conseguido demostrarse con un grado suficiente de certeza (probabilidad) que el hecho ilícito fuera condición necesaria del daño(657).

En cualquier caso, cabe distinguir dos juicios probabilísticos, uno destinado a averiguar la probabilidad de que, de faltar el hecho ilícito, dejara de producirse el daño (causalidad física); y otro encaminado a determinar la probabilidad de que la causa física probada conforme al juicio causal anterior sea normalmente *idónea* o *adecuada* para producir el resultado lesivo (causalidad jurídica o imputación objetiva). El primero tiene fines de verificación, pues pretende, simplemente, averiguar si hubo o no conexión etiológica real; y el segundo responde a un propósito selectivo dado que intenta determinar si tal tipo de conexión cobra relevancia jurídica. Piénsese en el asunto *Polemis v. Furness Withy & Co. Ltd* (1921) 3 K. G 560 (C. A) con el que el profesor PANTALEÓN ilustra el juego de la adecuación de la causa como criterio de imputación objetiva(658): Los operarios contratados

(656) La doctrina portuguesa interpreta la referencia a la probabilidad del artículo 563 de su Código Civil como una sanción implícita de la teoría de la causalidad adecuada (por todos, F. JORGE PESSOA, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 497). Entienden de este modo que el precepto sirve para negar la adecuación de una *condicio sine qua non*. Así, por ejemplo, si alguien causa unas leves lesiones a otro que muere en el Hospital durante un incendio, hay que afirmar la causalidad material, porque, de no haber mediado el hecho ilícito, la víctima no habría fallecido (p. 408). Evidentemente, el autor de las lesiones no responde de la muerte, y, según se dice, el fundamento de la exoneración se halla en el artículo 563, al condicionar el surgimiento del crédito resarcitorio a la superación de un juicio de probabilidad en torno a si la causa es normalmente adecuada para propiciar la muerte (p. 409). Así, pues, a juicio de la doctrina portuguesa, la probabilidad a que hace referencia el precepto es, no la que hay calcular para tener por cierto el hecho causal (causalidad física), sino la que se valora para negar o adjudicar relevancia jurídica a causas físicas probadas (causalidad jurídica).

(657) Lo ha puesto de manifiesto A. M. HONORÉ en su estudio de Derecho comparado *Causation and Remoteness...*, cit., p. 150. Téngase en cuenta que, como agudamente ha notado MIR PUIGPELAT (*La responsabili-*

dad... causalidad, cit., nota 80, p. 78), ocurre también a la inversa, es decir, que ante causas naturalísticas indubitadas que, sin embargo, no pueden reputarse adecuadas o idóneas para generar la obligación resarcitoria, los tribunales optan a veces por negar la existencia misma de la conexión etiológica natural, como si no hubiera quedado demostrado que el hecho ilícito fue *condicio sine qua non*. Señala este autor que muchas de las veces que la jurisprudencia contencioso-administrativa «desestima la reclamación de responsabilidad administrativa lo hace por vía de negar la existencia de relación de causalidad entre el daño y el funcionamiento del servicio público, como si fuera una realidad desprendida de la naturaleza de las cosas, y encubriendo, en realidad, verdaderas decisiones valorativo-normativas». De este modo, dice el autor, «se pretende absolutizar, dotar de inmutabilidad, de necesidad científica al fenómeno aludido». Recuérdese que la jurisprudencia recurre a la causalidad física para introducir conceptos, no sólo pertenecientes a la teoría de la imputación objetiva, sino también a la teoría de la imputación subjetiva, que es la que requiere que haya una buena razón (culpa, riesgo creado, sacrificio especial, incumplimiento de un deber) para trasladar el coste del daño del patrimonio de quien lo sufre al de quien lo causa. *Vid.*, en este Capítulo, ap. II, nota.

(658) *Causalidad...*, cit., pp. 1590-1591.

para descargar un barco incurren en negligencia de modo tal que una pesada plancha de metal cae en la bodega y produce una chispa. Ésta desencadena un fuego que incendia el barco y lo quema por completo porque en la bodega había una cantidad considerable de vapor de gasolina como consecuencia de un imprevisible escape producido en los bidones. El Tribunal de Apelación condenó a los fletadores a indemnizar todos los daños causados. A juicio del profesor de la Universidad Autónoma de Madrid, debió apreciarse que la culpa en que incurrieron los operarios no era una causa adecuada, pues era poco probable que la caída de una plancha provocara un fuego. Es claro, pues, que el examen de la adecuación de la causa es un juicio selectivo de probabilidad que presupone la existencia de una causalidad física afirmada conforme a otro juicio probabilístico diferenciado, que es aquél del que se deriva la conclusión de que es altamente probable que los daños habrían dejado de producirse de haber actuado los operarios con la diligencia debida, es decir, que hay una alta probabilidad de que la caída de la plancha fuera *condicio sine qua non* del incendio producido.

En el marco de la teoría de la imputación objetiva se ha configurado en los últimos años otra pauta que, como la de la adecuación, se basa en la probabilidad. Me refiero al criterio del «incremento del riesgo» (*Risikoerhöhung*) formulado por el profesor de Derecho penal de la Universidad de Munich Claus ROXIN(659), que ha tenido ya reflejo en la literatura española consagrada al Derecho de daños(660). Esta doctrina establece, en resumen, que procede imputar objetivamente un daño cuando la conducta del agente dañoso sobrepasa los límites ordinarios permitidos de una actividad. Para determinar si el hecho ilícito incrementó o no el riesgo, es preciso averiguar el grado de probabilidad de que la conducta diligente alternativa hubiera producido igualmente el resultado lesivo. Si la medida de esa probabilidad es reducida, es decir, si es poco probable que el comportamiento *in iure* hubiera ocasionado el daño también, cabe imputar objetivamente el resultado lesivo porque el hecho ilícito produjo un incremento del riesgo; y si, en cambio, tal medida es elevada, esto es, si es muy probable que la víctima hubiera sufrido el menoscabo aunque el sujeto agente hubiera actuado correctamente, no cabe tal atribución porque falta el necesario incremento del riesgo(661). Para ilustrar la teoría, el profesor alemán toma el siguiente

(659) C. ROXIN, *Derecho penal...*, cit., p. 379.

(660) En España, ha trasladado el planteamiento del autor alemán al ámbito de la responsabilidad civil de los particulares, el civilista F. PANTALEÓN PRIETO, *Causalidad...*, cit., pp. 1577-1580. O. MIR PUIGPELAT lo considera válido para la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, aunque no lo analiza específicamente (*La responsabilidad... sanitaria*, cit., nota 328, p. 224).

(661) C. ROXIN, *Derecho penal...*, cit., pp.

379-381. En esta línea, PANTALEÓN PRIETO (*Causalidad...*, cit., p. 1579) considera que «bastaría constatar que existía una probabilidad no despreciable de que el resultado, en su concreta forma de acaecimiento, se habría producido también, de haber obrado el procesado diligentemente (...). Si no es seguro, sino sólo posible o probable, que el evento dañoso se hubiera verificado igualmente a consecuencia del riesgo permitido, está claro que la ilícita creación de un riesgo que sobrepasa la medida consentida, ha aumentado la probabilidad de que se

ejemplo, extraído de la jurisprudencia de su país: un camionero quiere adelantar a un ciclista sin guardar la distancia de separación requerida por las normas de tráfico. Con ocasión del adelantamiento, el ciclista gira repentinamente a la izquierda por efecto de la ingesta de alcohol y cae bajo las ruedas traseras del remolque. Se aprecia que probablemente el accidente se habría producido aunque el conductor del camión hubiera respetado la obligatoria distancia de separación lateral. Según el penalista alemán, cabe imputar objetivamente el daño al camionero porque «una conducción correcta habría salvado la vida del ciclista, cierto que no con seguridad, pero sí posiblemente, y por tanto la superación del riesgo permitido por no guardar la distancia de separación lateral ha incrementado de modo jurídicamente relevante la posibilidad de un accidente mortal»(662).

La teoría del incremento del riesgo se basa así en un juicio probabílistico que, como el de la adecuación, se inserta en la teoría de la imputación objetiva y que, por tanto, presupone que el juicio de probabilidad de la causalidad física, esto es, el examen de que es suficientemente probable que el hecho ilícito fuera *conditio sine qua non* del perjuicio padecido. Pero no siempre es fácil diferenciar estos dos juicios de probabilidad(663). De hecho, la jurisprudencia española en materia de res-

verifique el evento dañoso». La cuestión del grado de probabilidad que requiere la aplicación de este criterio de imputación es, no obstante, una de las más discutidas (C. ROXIN, *Derecho penal...*, cit., 380-381).

(662) *Ibidem*, p. 379.

(663) Así, en el ejemplo propuesto, antes de valorar si cabe imputar objetivamente el resultado, hay que determinar si el adelantamiento ilegal fue causa material del daño y, a tal efecto, hay que preguntarse, conforme a la doctrina de condición, cuál es la probabilidad de que borrando mentalmente el hecho ilícito el daño dejara de producirse, esto es, la probabilidad de que, respetando la distancia de seguridad, se hubiera evitado el atropello; y la respuesta habría de consistir en negar la causalidad cuando la medida de esa probabilidad no es alta, de conformidad con el estándar probatorio normal propio de los sistemas jurídicos continentales, al que me refiero después (ap. III.3.1). Conforme a este esquema, podría defenderse que no cabe considerar el adelantamiento incorrecto como causa material del daño si subsiste una alta probabilidad de que el daño se produjera en cualquier caso, aunque el rebosamiento se hubiera acomodado a la normativa de tráfico. Podría entonces decirse que el planteamiento del profesor Ro-

XIN encierra una «aplicación solapada de la fórmula de la *conditio sine qua non*» (M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación...*, cit., p. 221) con modulación del estándar ordinario de prueba. Bajo esta perspectiva, la tesis cuestionada habría de ubicarse en el ámbito de la causalidad material, como teoría que trata de rebajar el umbral de certidumbre en determinados casos; y no en el marco de la imputación objetiva, como criterio con que localizar causas físicas probadas susceptibles de engendrar responsabilidad. No obstante, hay que tener en cuenta que en el ejemplo propuesto podría sostenerse que hay causa material porque para afirmarla «es suficiente cualquier modificación del resultado» y, en este caso, el daño no se habría producido si el camión no hubiera estado ahí en el preciso instante en que cayó el ciclista (C. ROXIN, *Derecho penal...*, cit., p. 352). Téngase en cuenta, además, que, si el hecho ilícito es la omisión de una conducta debida, no puede hablarse estrictamente de causalidad material, como dijimos en ap. I.2. Una revisión crítica de la teoría del incremento del riesgo del profesor ROXIN, en G. JACOBS, *La imputación...*, cit., pp. 103, 105, y M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación...*, cit., pp. 219-233.

ponsabilidad extracontractual –al igual que la francesa o la norteamericana– invoca a veces la idea del «incremento del riesgo», no para adjudicar o denegar relevancia jurídica a causas físicas probadas (juicio probabilístico de imputación objetiva); sino para afirmar etiologías dudosas o inciertas (juicio probabilístico de causalidad real o natural) (664). Así, por ejemplo, en supuestos de sangre contaminada en que no es segura la causa material de la infección.

Recuérdese en este sentido la precitada sentencia del Tribunal Superior de Galicia, Sala Contencioso-administrativa, de 8 de mayo de 1997, en relación con un fallecimiento derivado del contagio del VIH y del VHC. En ella, se tiene por cierta la causalidad natural pese a la posibilidad de que el contagio fuera provocado por otras causas (contactos con prostitutas) porque la transfusión constituía el «factor de riesgo último que por su enorme porcentaje de casualidad se revela como decisivo» (665).

Puede constatarse así cómo los juicios de probabilidad en relación con el nexo causal no son en absoluto novedosos en el Derecho continental, pero la reflexión en torno a ellos se ha ubicado casi exclusivamente en el ámbito de la teoría de la causalidad jurídica o imputación objetiva, quizá por la reticencia a admitir que el juicio de causalidad fáctica es un examen probabilístico imbuido de normatividad; es decir, por la tendencia a considerar que es posible asegurar la verdad del hecho causal a través de la aplicación aséptica y mecánica de conocimientos pertenecientes a las Ciencias naturales. Hay que tener en cuenta, además, que la dogmática en torno al elemento causal manejada en el Derecho continental de la responsabilidad civil (de los particulares y de la Administración) proviene en gran medida del Derecho penal. Pero en esta rama del ordenamiento operan principios que explican y, en parte, justifican el escaso interés que ha suscitado el problema de la prueba de la *condicio sine qua non* y el juego que allí desenvuelve el criterio de la probabilidad. Las condenas penales están subordinadas a la demostra-

(664) Es significativo que J. C. SEUBA TORREBLANCA (*Sangre contaminada...*, cit., pp. 217-218) la estudie bajo los epígrafes de «Causalidad y criterios de imputación objetiva»; e «incremento del riesgo como causa». Señala este autor que en la jurisprudencia mencionada «parece ser suficiente haberse expuesto a una situación de riesgo de contagio como para que se considere acreditada la relación causal, en incluso en algunos casos aunque el demandado haya probado que la sangre o el hemoderivado no estaban contaminados». En esta línea, P. SALVADOR CODERCH y A. FERNÁNDEZ CRENDE (*Causalidad...*, cit., pp. 7 ss.) dan a entender que los criterios de imputación pueden utilizarse para afirmar causalidades fácticas que son sólo posibles al señalar que modulan el principio causal se-

gún convenga, restringiéndolo o *ampliándolo*. Por lo demás, hace ya algún tiempo A. M. HONORÉ (*Causation and remoteness...*, cit., p. 59), señalaba que las doctrinas del riesgo utilizan la teoría de la probabilidad para extender la responsabilidad, no para limitarla: «*The risk theory differs from other probability theories in that it is commonly used to impose or extend liability, not merely to limit it (...). The rationale of the risk theory, however, invites the conclusion that a significant probability of the ultimate harm will suffice for liability*».

(665) *Vid.* también la jurisprudencia que en Francia y en Estados Unidos invoca esta idea para relajar el nivel de probabilidad que de ordinario se precisa para tener por cierta la causalidad física (Cap. V, ap. III.1).

ción de que (casi) con toda seguridad el reo propició el resultado lesivo(666), y cuando se maneja el recurso probabilístico bajo una óptica garantista, se utiliza como criterio de selección o restricción con el que limitar las sanciones (en el marco de la causalidad jurídica), no para favorecer la afirmación de causalidades físicas solamente probables y, por ende, la represión penal de conductas (en el ámbito de la causalidad naturalista) (667). Es, pues, posible, que la influencia ejercida por la dogmática penal sobre la doctrina civil y administrativa continental haya determinado en alguna medida que los estudios de la responsabilidad por daños hayan residenciado los cálculos probabilísticos dentro de la teoría de la causalidad jurídica o imputación objetiva, y no en los de la causalidad física y su prueba(668).

Sin perjuicio de la utilidad que también dentro del Derecho de daños puedan tener las pautas probabilísticas como criterios de imputación objetiva, es preciso insistir en que la afirmación de la existencia del hecho causal es una afirmación basada en la probabilidad y, consecuentemente, en las reglas jurídicas que fijan niveles o grados de suficiencia y, además, en las pautas de cálculo que obligan a garantizar la máxima calidad epistemológica de las declaraciones de hechos probados. La causalidad fáctica no es, pues, algo que le venga dado al juzgador: lejos de ser una cuestión exclusivamente técnica que se resuelve sin más incorporando el criterio de los expertos, es una actividad racional de ponderación fáctica que, como tal, está sujeta a las reglas que tratan de asegurar, a partir de la información aportada al procedimiento —incluida, como es natural, la científica o pericial—, que se acepte la hipótesis más verosímil o probable.

La exigencia de un juicio o cálculo de probabilidad que calibre el grado de verosimilitud del hecho causal ha de insertarse primariamente, por tanto, no en la teoría de la causalidad jurídica o imputación objetiva, sino en la teoría de la causalidad física y en la teoría del conocimiento judicial de los hechos, que aportan las pautas con que apreciar el grado de verdad (correspondencia con lo efectivamente acaecido) del lazo etiológico. Tal conclusión se afirma dentro del Derecho español como corolario de la dogmática del Derecho procesal y la Filosofía del Derecho, particularmente la que exponen sus teóricos cognoscitivistas, que han sabido definir a estos efectos el significado de las «reglas de la sana crí-

(666) Sobre esta cuestión, en este Cap., ap. III.3.1.1.

(667) De ahí que se diga que intercambiar la verdad por la mera probabilidad en el campo del Derecho penal puede transformar los delitos de daño en delitos de peligro, violándose el principio de legalidad (S. LANDINI, *Causalità giuridica e «favor veritatis»*, Riv. Dir. Civ., 2003/4, p. 434).

(668) No obstante, hay cultivadores del Derecho penal que se han ocupado también de la determinación de los hechos, entendida como «actividad normativa» en torno a «hipótesis probabilísticas». Así, L. FERRAJOLI, *Derecho...*, cit., pp. 37, 53.

tica» a que hace referencia la LECiv(669); pero, además, está en armonía con la configuración funcional de la responsabilidad civil, según la cual, el instituto resarcitorio persigue trasladar el coste del daño del patrimonio jurídico de quien lo sufre al de quien *verdaderamente* lo causa(670). Armoniza, pues, con la exigencia de una causalidad material o natural sobre cuya existencia sólo es posible pronunciarse en términos de probabilidad. El sistema de responsabilidad civil parte de que en lo real, la causalidad es o no es, por lo que, en lo jurídico, ha de afirmarse o negarse –según el mayor o menor grado de verosimilitud– bajo el entendimiento de que el Derecho de daños tiende a traslucir la realidad de las cosas y, más concretamente, la causalidad física o natural, sin perjuicio de que, a partir de ulteriores valoraciones normativas (criterios de imputación objetiva), pueda despojarse a una causa real de toda virtualidad fundante de responsabilidad(671).

Así las cosas, una hipótesis de pérdida de oportunidad se presenta cuando el juzgador, después de aplicar las pautas y criterios (positivos) que orientan y limitan su capacidad de valoración discrecional, *no* encuentra un grado suficiente de probabilidad para optar por la hipótesis de que el agente causó el daño. La cuestión que de inmediato se plantea es determinar cuál es ese grado suficiente de probabilidad y cuáles son las pautas o criterios con que calcularlo, pues de tales respuestas depende que se esté ante supuestos de causalidad demostrada o supuestos de causalidad indemostrada, siendo estos últimos los que conciernen a la pérdida de *chance* y a la doctrina que propugna su reparación. Tales cuestiones se abordan a continuación, no sin antes explicar algunos de los equívocos con que la noción de probabilidad ha penetrado en el Derecho español de la responsabilidad civil.

2.3. *El juicio al hecho de la causalidad, según la doctrina y la jurisprudencia españolas*

Según hemos visto, los trabajos españoles en materia de responsabilidad por daños han prestado más atención al problema de la selección de la causa física jurídicamente relevante (causalidad jurídica o imputación objetiva) que a la cuestión previa de la apreciación en términos de probabilidad de la *condicio sine qua non* (causalidad física). La probabilidad, en palabras de MUÑOZ SABATÉ, «parece tener en el campo del derecho probatorio un sabor mítico negativo». Según este autor, «[l]o que al geólogo, al médico o al físico les resulta absolutamente normal y derivado de la contingencia en que se mueve la mente humana», al jurista,

(669) Y enlaza con el racionalismo crítico defendido en el ámbito general del conocimiento por autores como K. R. POPPER, *La lógica...*, cit., *passim*, esp. pp. 48-54, 234-262.

(670) *Vid.*, en este Cap., ap. I.1.

(671) En este orden de ideas, P. H.

SCHUCK (*Dos cuestiones...*, cit., p. 180) ha puesto de manifiesto cómo la constatación del carácter probabilístico de la causalidad pone de manifiesto la dificultad de su prueba, «pero no desafía la integridad esencial del modelo físico en el que se basa».

«acostumbrado tal vez como humanista al *vuelo alto* y a los atractivos *rutilantes del libre pensar* tamaña contingencia le horrorizaba» (672). No obstante, en los últimos años, la idea de que hay un juicio de causalidad natural basado en la probabilidad ha empezado penetrar en el Derecho español por la influencia que ejerce el Derecho anglosajón, especialmente el norteamericano; y como consecuencia de la recepción de doctrinas que, como la de la pérdida de oportunidad, entran en juego, precisamente, cuando el nexo causal no ha quedado cumplidamente demostrado.

Es ya frecuente que los estudios en materia de daños se refieran a las pautas probabilísticas con que el *Common Law* decide en torno a la realidad del hecho de la causalidad (673). Se trata, no obstante, de referencias de Derecho extranjero que no siempre suscitan un replanteamiento de la cuestión de la prueba del nexo de causalidad en el Derecho español.

Las exposiciones dan a veces a entender que la doctrina de la condición, el *but-for test* y la exigencia de un grado suficiente de probabilidad son teorías alternativas o distintas con que afrontar el problema del nexo causal (674). Sin embargo, determinar si un hecho es condición necesaria del daño (teoría de la *condicio sine qua non*) es tanto como averiguar si, borrado mentalmente el hecho ilícito, el daño habría dejado de producirse (*but-for test*); y para afirmar una u otra cosa es preciso ejecutar, conforme a las reglas probatorias vigentes en el sistema de que se trate, un juicio de probabilidad del que resulte que el hecho de la causalidad es cierto porque subsisten elementos suficientes para confirmar la hipótesis de que, de no mediar el acto ilícito, la víctima no habría padecido el menoscabo (regla de la probabilidad suficiente) (675). Es, pues, evidente que la teoría de la condición y el *but-for test* son una misma cosa; y que la doctrina de la probabilidad suficiente, lejos de afirmarse como doctrina alternativa, constituye una regla que se acumula al planteamiento de VON BURI para resolver el juicio de la causalidad naturalística.

A su vez, la literatura recientemente aparecida en materia de pérdida de *chance* ha empezado a manejar el concepto de «probabilidad»,

(672) *Técnica probatoria...*, cit., p. 63.

(673) Cfr. R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Algunas previsiones...*, pp. 77-78; J. C. GALÁN CORTÉS, *La responsabilidad... médica*, cit., 2005, pp. 206-211; A. LUNA YERGA, *La prueba...*, cit., pp. 407-421; A. RUDA GONZÁLEZ, *Entre todo...*, cit., pp. 13-14, y *La responsabilidad...*, cit., pp. 2-3; G. VON WICHMANN ROVIRA, *La Responsabilidad...*, cit., p. 1039; M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema...*, cit., pp. 214-215. Según este último autor, se ha producido una especie de resurrección del enfoque probabilístico que tradicionalmente se ha ubicado en la teoría de la causalidad adecuada.

(674) Véase el por otra parte estu-

pendo libro de GALÁN CORTÉS, *La responsabilidad... médica*, cit., 2005, pp. 200-228.

(675) A la regla de la probabilidad suficiente me refiero con mayor detenimiento después (ap. III.3.1). Una explicación clara, expresiva de la complementariedad del *but-for test* y la regla *more probable than not*, en S. F. BRENNWALD, *Proving causation*, p. 748: «*The plaintiff in a negligent action need not prove cause-in-fact to a certainty. The evidence will be sufficient if it affords the jury a reasonable basis to conclude that the defendant's negligence «probably» or «more likely than not» was the «but for» cause of the harm.*».

dado que las hipótesis de oportunidad frustrada se plantean, justamente, cuando *no* es suficientemente probable que el hecho ilícito causara el daño. La doctrina de la *chance* se aplica a supuestos en que las probabilidades de causalidad, sin ser despreciables, son insuficientes a los efectos de tener por cierto el dato causal. Por eso la necesidad de perfilar el ámbito de aplicación de esta doctrina acaba promoviendo una reflexión general en torno a la teoría general de la causalidad y su prueba⁽⁶⁷⁶⁾. Sin embargo, no siempre los estudios en materia de *chances* apuntan la centralidad del juicio de probabilidad dentro de la teoría general de la causalidad.

Así, por ejemplo, CRESPO MORA, en su valioso trabajo sobre la responsabilidad civil del profesional forense, parece mostrarse contraria al cálculo de probabilidad, señalando que, para determinar si se está o no ante una hipótesis de pérdida de oportunidad procesal, no es preciso averiguar el grado de prosperabilidad de la pretensión, esto es, el nivel de la probabilidad de victoria en el proceso jurisdiccional que no llegó a sustanciarse por la negligencia del abogado o procurador⁽⁶⁷⁷⁾. Sin embargo, esta civilista considera que no entra en juego la teoría de la oportunidad cuando puede asegurarse que la pretensión habría prosperado, identificándose el daño indemnizable con la pérdida de la pretensión; ni cuando la *chance* carece de un mínimo de seriedad o razonabilidad. De este modo, aunque no quiera reconocerse explícitamente, se da entrada al cálculo de probabilidad, porque asegurar el éxito de la pretensión es determinar que muy probablemente la víctima habría evitado el daño, dado que habría vencido en el proceso; y exigir un mínimo de seriedad para indemnizar en concepto de *chance* es requerir que las probabilidades de que el hecho ilícito fuera *condicio sine qua non* alcancen un determinado nivel. El cálculo de probabilidad es, pues, necesariamente, el instrumento con el que se aprecia la existencia o la ausencia de nexo de causalidad y, por ende, la herramienta con que se determina si una hipótesis es o no de pérdida de oportunidad.

Así pues, aunque la «probabilidad» circula ya en el Derecho español de la responsabilidad civil, no lo hace aún con toda claridad, como noción clave sobre la que en buena medida se edifica la teoría de la causalidad física y, por ende, la teoría general de la causalidad. Una clarísima y llamativa manifestación de la defectuosa captación del problema de la causalidad material se encuentra en la opinión que a veces merece la denominada doctrina del «juicio dentro del juicio». La locución «juicio dentro del juicio» no es más que una forma plástica de expresar la exigencia fundamental de que se aprecie el nexo causal a través un juicio pronóstico en una concreta serie de casos de responsabilidad civil: los

(676) El problema de la pérdida de oportunidad ha dado incluso lugar a nuevas teorías sobre el conocimiento judicial de los hechos y el concepto legal de probabilidad. Prueba de ello es el interesante trabajo de Vern R. WALKER, *Direct inference in*

the lost chance cases: factfinding constraints under minimal fairness to parties, Hofstra L. Rev., núm. 23, 1994, pp. 247-307.

(677) *La responsabilidad...*, cit., pp. 371-372, 378.

que plantean las actividades forenses y, en particular, los de culpa de abogados y procuradores, por falta de interposición de un recurso. Cuando el cliente-perjudicado demanda al profesional legal negligente —reclamándole la cantidad que habría conseguido de haber obtenido un pronunciamiento favorable—, para apreciar si hubo o no nexo causal entre el hecho ilícito (la falta de presentación del recurso) y el daño producido (la inobtención de las ganancias esperadas), hay que determinar la probabilidad de que las pretensiones frustradas hubieran sido estimadas en el proceso que no tuvo lugar. En estas hipótesis, para valorar si hay o no causalidad, el órgano decisor está obligado a realizar un «juicio dentro del juicio» [*trial within the trial*(678); *procès-dans-le-procès*(679)], esto es, una representación ideal de lo que habría ocurrido en el proceso que arroje cuáles son las probabilidades de que fueran atendidas las pretensiones del cliente(680). Dicho en otros términos, el curso de los acontecimientos que es preciso imaginar para averiguar si hubo conexión causal es aquí el curso de ese procedimiento jurisdiccional que no llegó a comenzar; y el grado de probabilidad de que el agente dañoso fuera causante del daño es el grado de prosperabilidad del recurso que no llegó siquiera a plantearse. Es importante, pues, retener que el «juicio dentro del juicio» no es más que la aplicación particular a un ámbito concreto de la realidad de la regla general de que la certidumbre del nexo causal se comprueba a través de un juicio pronóstico de probabilidades en torno a si el hecho ilícito fue *condicio sine qua non*.

Pues bien, en el Derecho español hay una jurisprudencia dotada de cierto respaldo doctrinal que niega la viabilidad del «juicio dentro del juicio»; una jurisprudencia que no ha tomado conciencia de que, de este modo, están vulnerándose reglas basílicas del Derecho procesal y de la institución resarcitoria que obligan al juez a pronunciarse en torno a la concurrencia del nexo causal a través de un examen retrospectivo del que resulten las probabilidades de que el hecho ilícito generara el menoscabo(681). Pueden leerse en las sentencias de nuestros Tribunales relativas a estos temas afirmaciones tales como que «*resulta totalmente imposible saber sin introducirnos en el resbaladizo y absolutamente inadmisibles terreno de las conjeturas cuál hubiera podido ser el tratamiento (estimatorio o desesti-*

(678) P. A. LORD, *Loss...*, p. 1481.

(679) C. MÜLLER, *La perte...*, cit., pp. 324-328.

(680) Muy plástica es la expresión a la que acude la STSJ de Navarra de 9 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9414), cuando, al referirse a la fundamentación contenida en la resolución recurrida, apunta que la AP escenificó, en alguna medida, el pleito laboral que dejó de promoverse por la negligencia del profesional demandado. La STS de 29 de mayo de 2003 (RJ 2003,

3914) se refiere a la «operación intelectual» que lleva a cabo el juzgador para «determinar (con criterios de pura verosimilitud o probabilidad) cuál habría sido el desenlace del asunto si la demanda se hubiese interpuesto o el recurso se hubiese formulado a tiempo».

(681) En doctrina, parecen mostrarse contrarios al «juicio dentro del juicio», A. V. ALBENÉS MEMBRILLO, *La responsabilidad...*, cit., p. 98; y C. I. LÓPEZ-COBO ZURITA, *Seguro...*, cit., pp. 16-17.

matorio) que habrían recibido los tres frustrados (por la no personación del procurador demandado) recursos de apelación»(682). De este modo, el daño (la pérdida de las ganancias que esperaba obtener el cliente) deja de repararse, pero no porque no concorra el nexo de causalidad, sino porque el Alto Tribunal no quiere siquiera examinar si lo hubo o no. Estamos, simple y llanamente, ante casos en que la autoridad judicial expresa abiertamente su voluntad de no ejecutar la tarea con que decidirse en torno al elemento causal(683).

(682) STS de 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7871). En relación con un caso de falta de proposición por parte del abogado de la prueba pericial para determinar el valor real de las fincas objeto de expropiación forzosa, la STS de 8 de abril de 2003 (RJ 2003, 2956), entendió que no se podía tratar de determinar cuál podría haber sido el desenlace de la contienda judicial precedente si el Abogado que en ella actuaba hubiese propuesto una prueba pericial plenamente ajustada a las normas procesales vigentes. En esta misma línea, se sitúa a veces la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales. Así, La SAP de Asturias (Secc. 1ª) de 8 de abril de 1997 (extractada por A. ILLESCAS, *El daño...*, cit., pp. 263-264) declaró: «El juez «a quo», en lugar de otorgar el daño moral (...) sobre el que (...) debería centrarse la indemnización (...), procede indebidamente a una revisión de la sentencia que quedó firme por la actuación negligente del profesional, sustituyendo la labor que hubiera correspondido al Tribunal «ad quem», con quebranto de los principios en que se asienta la cosa juzgada y utilizando, además, criterios harto discutibles, para otorgar una indemnización basada en puras conjeturas, cuales son lo que hubiera obtenido la parte de prosperar el recurso, cuando también es posible que la sentencia se hubiera confirmado, por lo que esta revisión de lo juzgado no puede servir de fundamento para la solución del problema (...) y sí, como único capítulo, el daño moral sufrido al no permitirle el acceso a la segunda instancia, (...) evaluable en 600.000 Ptas.» La SAP de León de 16 de diciembre de 1994 (*ibidem*, pp. 266-267) declaró: «No puede ser objeto de indemnización, como pretende la actora, el importe de la totalidad de las gratificaciones que dejó de percibir y hubiera cobrado por haber (...) tenido éxito el recurso contencioso-administrativo, exigiéndose a esta Audiencia, órgano de la jurisdicción civil, un juicio de probabilidad sobre otra jurisdicción totalmente inadmisibile. La indemnización deberá comprender exclusivamente la reparación del daño moral producido por la privación a la actora de una legítima expectativa jurídica, va-

lorándose (...) prudentemente (...) en (...) 300.000 Ptas».

(683) El Tribunal intenta compensar su actitud claudicante con el reconocimiento de una cantidad en concepto de daño moral: «sí aparece probado el perjuicio o daño moral que sufrieron los demandantes, aquí recurridos, al verse irremisiblemente privados, por la negligente conducta de dicho procurador, del derecho que les asistía a que su demanda fuera estudiada por el Tribunal de Apelación y, en su caso, por el Tribunal Supremo». Como ha dicho R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (*Responsabilidad...*, cit., pp. 20-21), el TS considera que acudir al remedio resarcitorio de un daño moral en estos pleitos constituye una «fórmula mágica» con la que se deja de abordar frontalmente lo que, de forma inexcusable, debe abordarse, pues no hay más remedio que valorar las pretensiones deducidas en el juicio precedente, teniendo en cuenta su cuantificación económica y la corrección o incorrección de su concreta fundamentación jurídica. Consecuentemente, señala este autor con todo acierto que, aunque implique introducirse en el ámbito de la conjetura, hay que pronunciarse, siempre con prudencia, sobre cuál habría sido el resultado de dicho juicio si no hubiera mediado el incumplimiento negligente del profesional. Parecidas críticas en F. GÓMEZ POMAR, *Pleitos tengas...*, cit., p. 5. En la línea de la sentencia criticada se sitúa la STS, Sala 1ª, de 25 de junio de 1998 (RJ 1998, 5013). Resulta llamativa esta sentencia porque, manteniendo con carácter general el criterio de que es imposible pronunciarse sobre el resultado que hubieran tenido las actuaciones del abogado demandado si no se hubieran producido intempestivamente (recurso de casación presentado fuera de plazo contra auto recaído en los trámites de ejecución de una sentencia firme, en virtud del cual sus clientes tenían que abonar al actor ejecutante 179.240.000 Ptas.; y querrela criminal promovida por un supuesto delito de falsedad documental,

Sin duda, esta tendencia tiene que ver con la idea de que en el proceso ha de asegurarse la verdad de los hechos con absoluta certeza. Nadie mejor que un juzgador para explicar la dificultad de predecir el resultado de un procedimiento jurisdiccional(684). Se trata de una dificultad probatoria que no es en absoluto privativa de este tipo de pleitos, pero en éstos, al requerirse conocimientos específicamente jurídicos, el juez puede interiorizar mejor que en ningún otro la relatividad de las hipótesis que puedan formularse en torno a la concurrencia del hecho causal. Son supuestos en que el órgano decisor está especialmente capacitado para comprender que cualquier conjetura es falsable o refutable. La imperfección del conocimiento humano se le hace especialmente presente en estos pleitos, pero, ante la imposibilidad de conseguir certezas absolutas, en lugar decidirse con pautas de probabilidad, claudica y deja de encarar el cálculo del grado de prosperabilidad del recurso con que determinar si hubo o no nexo causal.

Resulta que el conocimiento judicial de los hechos y la valoración de si hubo o no nexo causal se basan, precisamente, siempre y en todo caso, en ese «resbaladizo terreno de las conjeturas», que, lejos de ser «absolutamente

cuando ya había prescrito la acción penal), homologa la solución adoptada por la AP, consistente en que el abogado demandado indemnizara a sus clientes en el importe correspondiente a todos los gastos y costas obligados a satisfacer por ellos desde que aquél asumió la dirección del caso, más un 15% de la suma resultante en concepto de daño moral, razonando el TS, que tal solución cuenta con una «explicación razonada» y es la expresión de una «apreciación sensata», al estar «perfectamente trabados» ambos conceptos dañosos. Se trata de una solución que sólo es razonable y sensata en la medida en que los demandantes no tuvieran una probabilidad apreciable de que prosperaran las actuaciones encomendadas a su letrado, que es lo que parece sucedía en el caso de autos, aunque el TS se niega a realizar al respecto el más mínimo juicio pronóstico, al estimar, en consonancia con lo declarado por la STS de 11 de noviembre de 1997, que no puede introducirse en el resbaladizo y absolutamente inadmisibles terreno de la conjeturas. Esta jurisprudencia dice indemnizar el daño moral que entraña la pérdida de oportunidad. Sobre esta confusa jurisprudencia, Cap. VI, ap. III. Sobre una parecida doctrina en el ámbito de la responsabilidad patrimonial por acto administrativo, Cap. VIII, ap. II.2. Sobre otra similar, que parece implícita en algunas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Cap. II, ap. III.2.2, nota. Otra teoría que utiliza parecidos fundamentos, pero para indemnizar las ganancias que se hubieran obtenido si el resul-

tado del proceso hubiera sido favorable, en Cap. II, ap. IV, ap. 1.2.

(684) De hecho, como entre nosotros ha notado CRESPO MORA, el cálculo de probabilidad le plantea al juez menos inconvenientes en materia procesal que en cualquier otro ámbito, pues los saberes jurídicos que es preciso manejar le son más familiares (*Responsabilidad...*, cit., nota 120, p. 391). Por eso R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (*Responsabilidad...*, cit., p. 21) resalta que los tribunales son expertos en Derecho y no necesitan de una pericia externa para determinar en qué medida la pretensión frustrada era razonable, por encontrarse jurídicamente bien fundada. En mi concepto, se trata de una afirmación que puede valer en un sentido general, sin que quepa excluir en algunos casos la alta conveniencia de acudir a la pericia proporcionada por un especialista en la materia de que se trate. Sobre este extremo, escribe C. MÜLLER (*La perte...*, cit., p. 331): «Si le juges se sentent généralement peu compétentes pour apprécier les chances de survie ou de guérison d'une patiente, ce qui explique qu'une expertise soit presque toujours ordonnée dans un procès portant sur la perte d'une chance médicale, elles mettent leur science et leur expérience en oeuvre pour peser la faute auxiliaire de la justice, la juge est elle-même experte pour estimer les chances perdues gagner le procès». Adviértase que el autor pone en femenino los sujetos que menciona (*la patiente, la juge, la femme de loi, l'auxiliaire*). Esto se debe a que para él «le féminin englobe aussi les membres du sexe "fort"» (p. 25).

inadmisibile», es necesario y obligado. La determinación del grado de probabilidad de una hipótesis o conjetura es, precisamente, el vehículo que orienta cualquier investigación científica e histórica y todo pronunciamiento judicial sobre *quæstiones facti*(685). La probabilidad es el recurso con el que afrontar el ineludible problema de la incertidumbre. El cálculo de probabilidad permite así, en los asuntos planteados, depurar la medida en que el cliente hubiera vencido en el hipotético proceso y, de este modo, aceptar o rechazar la hipótesis de que el abogado o procurador ocasionó el daño. No cabe, por tanto, renunciar al cálculo de probabilidad, entendido como método racional impuesto por las reglas de la sana crítica y las normas de responsabilidad civil; método que justifica a veces que el profesional legal quede liberado de toda responsabilidad; pero que otras conduce a la apreciación del nexo causal porque no puede excluirse *a priori* que las pretensiones del cliente hubieran sido estimadas por estar amplia y netamente fundadas y basarse en circunstancias fácticas indubitadas(686).

3. EL CÁLCULO DE PROBABILIDADES Y SUS REGLAS

El ordenamiento jurídico impone, en relación con la causalidad física, una concreta teoría causal, que explica cómo ocurren los fenómenos y que, según hemos visto, es la de la condición. Junto a ella, instituye 1) una regla encaminada a establecer el grado de probabilidad que es suficiente para tener por cierta la *condicio sine qua non* (ap. 3.1): el crite-

(685) Cfr. Karl Raimund POPPER, *Conjeturas...*, cit., *passim*.

(686) Como recuerda G. VINEY (*Les conditions...*, cit., ap. 283, pp. 81-82), la doctrina francesa se hacía eco hace ya más de 50 años de la existencia de dos líneas jurisprudenciales, la que considera que el juez no puede analizar las posibilidades de éxito con que contaba el perjudicado en el proceso frustrado y la que estima que debe hacerlo, negándose en el primer caso que pueda realizarse el juicio dentro del juicio y preconizándolo en el segundo. En nuestro concepto, carece de sentido que el juez no pueda efectuar ese juicio pronóstico y no es de recibo que se diga que con él se pone en tela de juicio la eficacia de la cosa juzgada, pues es evidente que ésta queda como tal y es inmovible, sin que ello impida que el juez, a los efectos de la apreciación de la responsabilidad en que haya incurrido el profesional negligente, analice el grado de probabilidad de éxito con que contaba su cliente, pues tal grado determina precisamente que haya o no nexo de causalidad material. Por lo demás, la STS (Sala 1ª) de 28 de julio de 2003, ha admitido la técnica valorativa del juicio dentro del juicio, declarando en tal sentido lo siguiente: «la sentencia recurrida rechaza la pretensión actora con base en la doctrina sobre la

mayor o menor probabilidad de éxito del recurso frustrado. Sin perjuicio de reconocer que la aplicación de este criterio es coyuntural (no siempre posible) y con frecuencia de resultado incierto (como se advierte, entre otras, en las sentencias de 11 de noviembre de 1997 y 25 de junio de 1998), porque nadie puede prever con absoluta seguridad que la reclamación iba a ser atendida (sentencia de 28 de enero de 1998), sin embargo se ha venido admitiendo la posibilidad de su aplicación (sentencias de 20 de mayo y 16 de diciembre de 1996, 26 de enero de 1999), aunque no se considere el único criterio indemnizatorio (sentencia de 26 de enero de 1999). Y ocurre que, cuando de la aplicación de este criterio, y consiguiente examen racional y ponderado de las circunstancias, resultan ser prácticamente nulas las posibilidades de éxito del recurso frustrado, aún obran dentro de un margen de aproximación pero siempre con base en un fundado juicio de probabilidad cualificado, no cabe entender que existió daño material, por lo que no procede estimar la existencia de responsabilidad civil por tal concepto, dado su carácter resarcitorio, y no punitivo, y esto es lo que se ha apreciado en el supuesto de autos. Y aun cuando el juicio de la resolución recurrida («juicio sobre juicio») puede ser revisado en casación (...), el realizado en el caso se estima ponderado, razonado y razonable, y por ello debe ser mantenido».

rio de la probabilidad preponderante del Derecho anglosajón; y el de la alta probabilidad del Derecho continental; 2) las reglas del cálculo de esa probabilidad suficiente (ap. 3.2): criterios provenientes de la matemática, la estadística y la lógica inductiva, y 3) las reglas de clausura o cierre destinadas a resolver las dudas resultantes de un cálculo de probabilidad confuso o poco concluyente (ap. 3.3): el principio tendencial *pro dammato* y la carga procesal de la prueba(687).

3.1. La regla de la probabilidad suficiente: el umbral de certidumbre o estándar de probabilidad

3.1.1. Planteamiento

La formación de la convicción judicial a través de la «sana crítica» implica la ejecución de un juicio de *aceptabilidad*, que, a través de las informaciones aportadas al procedimiento o proceso de que se trate, evalúa si la hipótesis de la existencia de un hecho es o no suficientemente probable. El grado de aceptabilidad o probabilidad determinante puede variar en función de las exigencias institucionales jurídico-sustantivas; y, evidentemente, de la cultura jurídica que reclama su establecimiento.

La prueba de la causalidad está sujeta a parámetros de convicción o persuasión, o, más vulgarmente, a estándares probatorios (*standards of proof*) que son distintos según se esté en el terreno de la responsabilidad penal o en el de la responsabilidad civil(688). Principios propios del Derecho penal determinan que los hechos de los que se acusa al imputado (y, entre ellos, el de que causó determinada lesión), sólo se tengan por ciertos cuando es altísima la probabilidad de que se produjeran o que se hubieran producido. Es lo que, en la cultura jurídica del *Common Law*, se expresa a través de la exigencia de que, al respecto, no haya una duda razonable (*beyond any reasonable doubt*)(689). La prueba de la causalidad en el ámbito de la responsabilidad civil está sujeta a patrones menos severos que, naturalmente, difieren de un ordenamiento a otro.

El profesor Oriol MIR PUIGPELAT ha notado que «el *grado de certeza* del nexo causal que se debe exigir en el marco de la responsabilidad civil extracontractual (de la Administración y de los particulares) para condenar al demandado no puede ser el mismo que en el marco de la responsabilidad penal para condenar al reo. El juez, en este sentido, debe conformarse

(687) Sobre la diferencia entre la teoría causal, las reglas epistémicas y los criterios institucionales «acerca de cómo se deben buscar y encontrar hechos causales», P. H. SCHUCK, *Dos cuestiones...*, cit., p. 180 ss.

(688) Se habla también en este sentido de cantidad de prueba (*quatum of proof*; *amount of proof*) o de grado de prueba (*degree of proof*). Así, A. M. HONORÉ (*Causation and remoteness...*, cit., p. 149) quien, refiriéndose a los sistemas tanto del *Droit Civil* como del *Common Law*, señalaba que el nivel de la prueba de la conexión causal exigido en los diferentes ordenamientos oscila entre la certeza y la probabilidad preponderante; y que, entre ambos extremos, hay grados intermedios: la probabilidad rayana en la certeza, el alto grado de probabilidad o la probabilidad razonable, entre otros.

(689) C. D. BAKER, *Tort...*, cit., p. 9.

con una prueba de la causalidad menos concluyente cuando se ventile la responsabilidad extracontractual. Ello se debe a las diferentes consecuencias que uno y otro tipo de responsabilidad acarrearán: la condena, en el marco de la responsabilidad extracontractual, comporta sólo la obligación de entregar una determinada cantidad de dinero, mientras que la condena penal conlleva (normalmente) la privación de libertad; la absolución, a su vez, comporta, en el caso de la responsabilidad extracontractual, que sea la víctima quien acabe soportando el daño (la absolución civil, por tanto, supone una especie de *condena de la víctima*), mientras que la absolución penal no perjudica a la víctima (más allá de su eventual deseo de venganza o de “que se haga justicia”)(690).

3.1.2. *La regla anglosajona de la probabilidad preponderante: «more probable than not»*

En el Derecho angloamericano de la responsabilidad extracontractual el juicio de causalidad se decide, por lo general, a través de un juicio de aceptabilidad, comúnmente denominado «balance de probabilidades» (*balance of probabilities*), con el que se trata de averiguar, atendidas las circunstancias del caso, qué era más probable, que se produjera el perjuicio o que tuviera lugar su contrario (*more probable than not, more likely than not*)(691). El problema de la causalidad se encara así mediante la aplicación de la regla de la prueba preponderante, prevalente o prevaleciente (*preponderance of the evidence*), en cuya virtud se considera acreditada la causalidad entre el hecho ilícito y el daño cuando la probabilidad de que el sujeto agente haya causado el daño es más alta que la probabilidad de que no, de modo que, si la prueba alcanza el umbral del 51%, responderá de la lesión, pero, en cambio, si la probabilidad es sólo del 49%, no hay causalidad, por lo que, en principio, la víctima no percibe nada(692).

(690) *Responsabilidad... sanitaria*, cit., nota 346, p. 237.

(691) Por todos, C. D. BAKER, *Tort...*, cit., pp. 9 ss. Se han referido en España a estas cuestiones del Derecho anglosajón, R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Algunas previsiones...*, pp. 77-78; J. C. GALÁN CORTÉS, *La responsabilidad... médica*, cit., 2005, pp. 206-211; A. LUNA YERGA, *La prueba...*, cit., pp. 407-421; A. RUDA GONZÁLEZ, *Entre todo...*, cit., p. 13, y *La responsabilidad...*, cit., p. 2; G. VON WICHMANN ROVIRA (*La Responsabilidad...*, cit., p. 1039). Algunos de estos autores, al referirse a la pauta anglosajona, hablan de criterio o teoría de la probabilidad estadística. Esta denominación es correcta en la medida en que, a su través, quiera sólo decirse que el Derecho angloamericano acostumbra a expresar mediante un concreto porcentaje (51%) el grado de probabilidad que es suficiente para apreciar el hecho de la causalidad. No obstante, es preciso acla-

rar que la exigencia de un determinado nivel de probabilidad pertenece también al Derecho europeo continental; y que la circunstancia de que tal nivel se exprese en números o porcentajes no prejuzga el concreto método aplicable para su cálculo o valoración. La estadística es sólo uno de los posibles instrumentos que, por lo demás, ni siquiera es válido como modelo general de valoración probatoria, tal como veremos en este Capítulo (ap. III.3.2).

(692) En el Derecho norteamericano, el principio *more likely than not*, como umbral de certidumbre o convicción, suele ubicarse dentro de la teoría de la carga de la prueba (*burden of proof*), cosa que no ocurre en España ni en la mayoría de los sistemas jurídicos europeos. Entre nosotros, participa de este planteamiento, F. GÓMEZ POMAR (*Carga de la prueba y responsabilidad objetiva*, InDret. Revista para el Análisis del Derecho, 1/2000, p. 5: «Las decisiones de

3.1.3. La regla continental de la alta probabilidad: «*id quod plerumque accidit*»

El Derecho español y, en general, los ordenamientos de la Europa continental imponen un estándar de persuasión bastante más riguroso para apreciar la existencia del nexo causal(693). Éste se afirma cuando es muy alto el grado de probabilidad de que el daño haya sido producido por el (supuesto) agente dañoso, de acuerdo con las reglas de la sana crítica que, en este punto, se concretan en la apreciación de la normalidad y regularidad de los acontecimientos(694). Se sigue el principio de *regularidad* o criterio de *lo que acontece normalmente*, esto es, el que encierran los apotegmas latinos *quod plerumque et sæpe accidit, id quod plerumque accidit* o *quod plerumque fit*, lo que implica afirmar la causalidad natural cuando se llega a la conclusión de que el curso *normal* de las cosas, de no haber mediado el hecho ilícito, hubiera conducido a la obtención de unas ganancias (*lucrum emergens*) o a la evitación de un daño (*damnum cessans*). Lo que acontece *normalmente* no es, sin más, lo que tiene más probabilidades de ocurrir que de no, sino lo que *muy probablemente* acontece o tiene bastantes posibilidades de suceder(695). Aunque los juristas

los jueces y tribunales requieren la apreciación y valoración de circunstancias o sucesos que no están a su disposición, sino a la de las partes en el proceso o a la de terceros. Cuando con referencia a esas circunstancias se habla de carga de la prueba, se está haciendo mención a dos aspectos separables en el plano teórico: para poder adoptar una decisión fundada el juez o tribunal ha de adquirir un cierto grado de convicción acerca del acaecimiento de aquella circunstancia, pero para ello es necesario que alguna de las partes le proporcione los elementos probatorios que le permitan alcanzarlo. Las reglas sobre carga de la prueba comprenden, pues, de un lado, la determinación del umbral de certidumbre que requiere el juzgador para satisfacer la pretensión y, de otro, la determinación de cuál de las partes ha de suministrar las pruebas para alcanzar dicho umbral, so pena de recibir una decisión adversa sobre el fondo del asunto si no lo hace. En el ámbito jurídico norteamericano, ambos aspectos son analizados independientemente dentro de la genérica “*burden of proof*”: se habla así de “*burden of persuasion*”, “*level of confidence*” o “*standard of proof*”. Se adscribe a este planteamiento, denunciando el escaso interés que ha suscitado en nuestro país el análisis de los estándares probatorios, A. LUNA YERGA, *La prueba...*, cit., pp. 63-70.

(693) Así lo puso de manifiesto el com-

paratista A. M. HONORÉ (*Causation and Remoteness...*, cit., pp. 149-150), advirtiendo, sin embargo, que no es evidente que la práctica procesal de los diferentes Estados se acomode siempre a las *formulae* oficiales. También, comparando el Derecho angloamericano con los sistemas jurídicos alemán y francés, S. SHAVELL, *Economic analysis of accident law*, Cambridge, Harvard Univ. press, 1987, p. 118.

(694) Como hemos dicho (en este Cap., ap. III.2.2), es éste un criterio probatorio que los teóricos de la responsabilidad civil han insertado, tradicionalmente, en la teoría de la causalidad adecuada; pero que la dogmática procesal sitúa en la teoría de la valoración de la prueba (*vide* M. SERRA DOMÍNGUEZ, *Normas...*, cit., pp. 23-26). Sobre este criterio y las disputas en torno a los elementos que es preciso considerar a los efectos de averiguar cuál habría sido el curso normal de los acontecimientos, A. M. HONORÉ, *Causation and remoteness...*, cit., pp. 49 ss.

(695) Sobre el grado de probabilidad que encierra la regla del curso normal de los acontecimientos (*regular course of events*), A. M. HONORÉ, *Causation and remoteness...*, cit., pp. 52-91. Téngase en cuenta que el Consejo de Estado italiano parece insinuar que la regla *id quod plerumque accidit* encierra la exigencia de una probabilidad superior al 50% en su sentencia de 31 de marzo de 2006.

del ámbito jurídico continental han sido tradicionalmente más reacios que los anglosajones a la plasmación de los criterios probatorios en fórmulas porcentuales⁽⁶⁹⁶⁾, puede decirse que, a través de la pauta de la normalidad o regularidad, tales sistemas sitúan el umbral de convicción, persuasión o certidumbre en algún punto entre el 50% y el 90%. Por razones de operatividad y claridad expositiva, fijamos convencionalmente este dintel de certidumbre en el 80%.

Como al conocimiento humano le está vedada la certeza absoluta, el nivel de probabilidad exigible no puede identificarse en ningún caso con el 100%, ni siquiera en el ámbito de la responsabilidad penal, donde habrá de situarse en algún punto cercano al 90%. Esta última cifra expresa la barrera por debajo de la cual se ubica el umbral de convicción en la responsabilidad por daños porque, según hemos visto, es necesariamente más suave que la propia del Derecho penal. A su vez, el 50% como límite por encima del cual se halla el nivel de probabilidad con que se afirma la certeza del hecho causal se deriva de la regla de la normalidad; conclusión ésta que resulta confirmada por la común consideración de que el dintel de persuasión de los sistemas jurídicos continentales es más severo que el angloamericano, que se identifica, precisamente, con el 50%. Por eso, sin perjuicio de la relatividad que conlleva el manejo de cifras en relación con estas cuestiones, puede decirse que en supuestos de responsabilidad por daños la causalidad ha de tenerse por cierta cuando se alcanza un determinado nivel de probabilidad que ha de ser necesariamente superior al 50% e inferior al 90%. Si se fija convencionalmente tal nivel en la cifra del 80%, resulta más sencillo comparar nuestro estándar probatorio (y los similares de otros sistemas continentales) con el parámetro de convicción del *Common Law*. Por lo demás, la jurisprudencia de algunos de los sistemas europeos que se apoyan en nuestra misma pauta ha afirmado explícitamente que el 80% expresa el porcentaje de probabilidad cuyo rebosamiento da lugar a la apreciación del hecho de la causalidad⁽⁶⁹⁷⁾.

En cualquier caso, el criterio de la normalidad de las cosas, como pauta con que apreciar el nexo causal en supuestos de responsabilidad civil, ha sido tipificado, en el Derecho alemán, en el § 252 BGB, al disponer que son indemnizables las ganancias que se habrían obtenido con arreglo al curso normal de las cosas o de las circunstancias especiales del caso con-

(696) Dice GÓMEZ POMAR (*La carga...*, cit., p. 5) que en España y, en general, en Europa, el manejo y análisis de los estándares de convicción «no se realiza con nitidez —o no se realiza en absoluto—» e insinúa que «tal vez ello se deba a que implícitamente se considera que sólo hay un nivel de confianza o convicción jurídicamente admisible en el juzgador acerca del acaecimiento de un cierto suceso. Este nivel sería el de la plena certeza, esto es, el correspondiente a una probabilidad de acaecimiento del 100%». Esta es la doctrina judicial tradicional a la que hemos hecho referencia en el Capítulo III (ap. II.1.1).

(697) Así, refiriéndose al Derecho ho-

landés, C. MÜLLER, *La perte...*, cit., pp. 154-175. En Suiza, hay una jurisprudencia que ubica el umbral de convicción en el 75% (R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Responsabilidad civil...*, cit., pp. 117-118). En España, GÓMEZ POMAR (*Pleitos tengas...*, cit., p. 4) emplea la cifra del 80% para afirmar la certeza del nexo causal en un supuesto de responsabilidad civil de un profesional forense. Sobre la utilidad de expresar numéricamente los diferentes grados posibles de probabilidad; sin que por esto se prejuzgue la metodología (matemática, frecuencial, bayesiana o lógica) con que éste se calcula volveremos después (ap. III.3.2.4.2).

creto (*nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen*); en el Derecho suizo, en el artículo 42.2 de su Código de Obligaciones, al permitir al juez la liquidación equitativa del daño, atendiendo al curso ordinario de las cosas (*cours ordinaire des choses*), cuando desconoce su extensión exacta(698); y es unánimemente aceptado por la jurisprudencia y la doctrina italiana en materia de daños(699). Por lo demás, esta pauta está también en la Parte General del Código Europeo de Contratos, cuando, al referirse en su artículo 163 al «daño patrimonial resarcible», define el «lucro cesante» como ganancia que «el acreedor podía razonablemente esperar, según el curso ordinario de las cosas teniendo en cuenta las circunstancias particulares y las medidas que haya adoptado».

En España, el «principio de la normalidad» es, según se ha dicho, el utilizable, en general, para valorar la prueba de un hecho en el ámbito del Derecho civil(700). Es, además, el criterio que, en cierto modo, explicita el artículo 386 LECiv, cuando, al admitir que se obtenga la certeza de un hecho a través de indicios, exige que entre uno y otros exista un *enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano*(701). En materia de responsabilidad por daños, la jurisprudencia, cuando no acoge un criterio injustificadamente restrictivo, utiliza la pauta de la normalidad. Así, por ejemplo, la STS, Sala 1ª, de 20 de octubre de 1982 (RJ 1982, 5565), que declara que «*las pruebas aportadas hacen que el juicio de probabilidad acerca de los perjuicios de aquél (el demandante) no sea inseguro e incierto, ni meramente imaginario, sino que hay una probabilidad objetiva, según el decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso (...) para la estimación del lucro cesante*»(702). Por su parte, la doctrina española especializada en cuestiones resarcitorias, aunque elude, por lo general, el estudio de los criterios sustantivos con que apreciar la certeza del daño y la causalidad(703), cada vez tiene más autores

(698) Según C. MÜLLER (*La perte...*, cit., p. 43), este artículo, al referirse al curso normal de las cosas, remite directamente a la necesidad de tomar en consideración las probabilidades o *chances* en juego.

(699) Vide, por todos, C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Publics. Univ. Catania, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 544-549.

(700) En España, analizando al detalle las consecuencias del «principio de normalidad», especialmente en relación con las presunciones, M. SERRA DOMÍNGUEZ, *Normas...*, cit., pp. 23-26. También MUÑOZ SABATÉ (*Técnica probatoria...*, cit., pp. 50-52, 60-67), que señala con toda claridad que en el proceso se deben tener por ciertos los hechos de cuya veracidad se tiene una probabilidad suficiente; una probabilidad que no es en absoluta identificable con la absoluta certeza.

(701) El precepto mantiene en este punto el tenor del derogado artículo 1253 CC. La STS, Sala 3ª, de 8 de octubre de 1986 (RJ 1986, 5663) emplea ese tenor para establecer el estándar probatorio al que ha de acomodarse la apreciación del

nexo causal dentro del sistema de responsabilidad patrimonial: «*si bien esa vinculación entre los elementos dichos [el actuar de la Administración y los perjuicios originados] implica un juicio valorativo de lo acreditado en autos o en el expediente y no se ha de llegar a exigir una prueba concluyente de difícil consecución en la mayoría de los casos, sí se ha de precisar, para su apreciación conforme a las reglas del criterio racional, un enlace preciso y directo entre uno y otro, expresivo de esa dependencia entre ambos*». También en este sentido, de la misma Sala, las sentencias de 15 de noviembre de 1985 (RJ 1985, 5587), 22 de octubre de 1986 (RJ 1986, 5777), 23 de octubre de 1986 (RJ 1986, 5775), 11 de febrero de 1987 (RJ 1987, 535), 19 de marzo de 1987 (RJ 1987, 3615), 11 de junio de 1993 (RJ 1993, 4375).

(702) Ésta y otras SSTs (10 de junio 1983 [RJ 1983, 3454]; y 29 de mayo 1989 [RJ 1989, 3897]), han sido comentadas por A. SOLER PRESAR (*La valoración...*, cit., nota 189, pp. 74-75).

(703) Así lo han puesto de manifiesto A. SOLER PRESAS, *ibidem*, pp. 73-74, y F. GÓMEZ POMAR, *La carga...*, cit., p. 5.

que invocan el del *id quod plerumque accidit* para criticar la tendencia restrictiva a la que, con demasiada frecuencia, se atiene nuestra jurisprudencia⁽⁷⁰⁴⁾.

En relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, la exigencia de ese alto grado de probabilidad para tener por cierto el nexo causal natural podría derivarse también del requisito de la efectividad del daño al que hace referencia el artículo 139 LPC. La noción

(704) Sin embargo, LUNA YERGA considera que «en nuestro ordenamiento jurídico y en la mayoría de sistemas del *Civil Law*, el umbral de certeza necesario para considerar que concurre relación de causalidad» está «fijado en el 100%, esto es, en la prueba patente de la presencia de relación de causalidad» (*La prueba...*, cit., pp. 404-405). Aunque otras veces matiza esta aseveración, apuntado que bastan «porcentajes cercanos» (*ibidem*, p. 451; *Oportunidades perdidas...*, cit., p. 2), me parece que, de esta manera, dota de rango normativo a una ciertamente criticable práctica jurisprudencial, arraigada en España, que, escudada en el arbitrio judicial y partiendo implícitamente de una confianza ciega en el conocimiento empírico (cfr. Cap. I, ap. III.1.1; Cap. III, ap. II.1.1), considera que las pruebas pueden y deben ser reflejo fiel de lo efectivamente ocurrido y se resiste a tener por probados los hechos y, singularmente, la causalidad, cuando no se alcanza la absoluta certeza de su acaecimiento (real o hipotético). Pero esta tendencia, aparte de que, llevada al extremo, obligaría a descartar la posibilidad del resarcimiento, si no en todos, en muchísimos casos, dada la intrínseca falibilidad del conocimiento empírico y, en particular, del institucionalizado en el proceso, no acompasa con una comprensión cabal del concepto de prueba, entendida como elección de la hipótesis más atendible, probable o verosímil. De tal concepto no parece que pueda extraerse la exigencia de un concreto porcentaje de probabilidades, por lo que es preciso reconocer que los manejados en esta investigación son en gran medida convencionales. No obstante, sí creo que del mismo deriva una consecuencia clara: el Derecho español *de lege lata* no exige certidumbres absolutas ni prácticamente absolutas (ni el 100% ni cifras próximas). La certidumbres de esa calidad no pueden exigirse siquiera en el ámbito del Derecho penal. Por eso, si se acepta que el estándar probatorio manejado por las normas penales es más riguroso —pero sin llegar al 100%— es claro que el umbral de certeza que establece el

instituto de la responsabilidad por daños es necesariamente inferior a la cifra del 90%. No obstante, que obtener la absoluta certeza es prácticamente imposible es algo de lo que el autor es perfectamente consciente al señalar que el 100% expresa nuestro estándar de prueba *formal*, que no el *real* (A. LUNA YERGA, *La prueba...*, cit., p. 412) y que «no tiene sentido exigir la prueba de la plena certeza de la existencia de la relación de causalidad, pues dadas las limitaciones del proceso civil y, en particular, del procedimiento probatorio, la constatación subjetiva de la existencia del nexo causal no permite obviar el hecho de que, en el plano real, la existencia del nexo causal sólo será en mayor o menor medida, probable» (*ibidem*, nota 591, p. 407). Con lo cual, mi discrepancia con el autor va referida sólo a su consideración de que el estándar probatorio *formalmente* exigible *de iure constituto* en el Derecho español es el 100% de probabilidades; y a su insinuación, corolario de lo anterior, de que es preciso burlarlo para aplicar un criterio *materialmente* viable. En esta línea, sin que se sepa fácilmente si se trata de una opinión o de una descripción, G. VON WICHMANN ROVIRA (*La responsabilidad...*, cit., p. 1039) ha escrito que «en el Derecho español parece exigible una total seguridad o, cuando menos, una probabilidad rayana en la certeza, aunque tal criterio parece referirse solamente a daños materiales pues, como consecuencia del trato privilegiado a que antes hacíamos referencia, la cuestión parece distinta en los daños personales». También M. CRESPO MORA (*La responsabilidad...*, cit., p. 383) y GALÁN CORTÉS (*La responsabilidad... médica*, cit., 2005, p. 212) parecen estar de acuerdo en que el nexo causal se aprecie sólo cuando las probabilidades alcancen o se aproximen al porcentaje del 100%. No obstante, de la lectura de sus trabajos se desprende, a mi juicio, que lo que a través de ese porcentaje pretenden expresar es, simplemente, la exigencia de una alta probabilidad, pero no la de la absoluta certeza.

de daño cierto o efectivo nada que ver tiene, en principio, con el elemento causal: se trata de un requisito estrictamente procesal con cuya específica previsión el legislador quiere subrayar que el crédito resarcitorio sólo surge si hay daños probados⁽⁷⁰⁵⁾. Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina españolas, en sintonía con las de otros países de nuestra cultura jurídica (Francia e Italia) utilizan a menudo el expediente de la certeza del daño en un sentido impropio, que tiene que ver más con la prueba del nexo causal que con la del daño. Así ocurre en relación con el daño patrimonial futuro, del que se dice que es incierto cuando, pese a la demostración de que las ganancias alegadas no han ingresado en el patrimonio económico de la víctima y que tampoco lo harán en el futuro (es decir, pese la certeza o efectividad en sentido estricto del daño futuro), no es seguro que tal circunstancia fuera consecuencia del hecho ilícito; cuando lo dudoso es, no que se haya dejado de conseguir un beneficio, sino que la falta de éste derive del hecho ilícito⁽⁷⁰⁶⁾. Pues bien, cuando se utiliza el término «efecti-

(705) Así, L. MARTÍN REBOLLO (*La responsabilidad... locales*, cit., p. 56), quien señala que «[e]l daño ha de ser efectivo, lo que implica la necesidad de probar su existencia». Lo cierto es que el surgimiento del crédito resarcitorio se condiciona a la presencia del daño, del nexo causal y del criterio de imputación (subjética) siendo claro que todas estas circunstancias, no sólo la primera, han de ser convenientemente acreditadas. Podría pensarse, por tanto, que la mención legal del requisito de la efectividad es completamente prescindible (así, pero refiriéndose a la doctrina civil que hace referencia al requisito de la certeza del daño, A. SOLER PRESAS, *La valoración...*, cit., p. 73). Sin embargo, tal mención pone de manifiesto el estrecho entrelazamiento entre las reglas sustantivas y las adjetivas; y la consecuente imperiosidad de su consideración conjunta. Así, lo ha subrayado, en relación con la responsabilidad civil médico-sanitaria, A. LUNA YERGA, *La prueba...*, cit., p. 27: «Los diferentes aspectos de un proceso o, lo que es lo mismo, las diferentes ramas del derecho, no constituyen compartimentos estancos. La relación entre las normas sustantivas y procesales en los procesos de responsabilidad médico-sanitaria ha de conjugar la consecución de las finalidades de unas y otras, sin que éstas compitan entre sí y se anulen mutuamente. Es por eso que la cuestión aconseja el estudio interdisciplinar».

(706) Partiendo del requisito de la certeza del daño propiamente entendido, hay que afirmar la efectividad de la inobtención de una ganancia cuando queda demostrado que no ha sido ni será ingresada en el patrimonio de la víctima; y después proceder a examinar la concurrencia de

los otros requisitos que impone el sistema de la responsabilidad civil. Desde esta perspectiva, el futbolista aficionado de 35 años que, como consecuencia de unas lesiones corporales imprevistas, dice haber dejado de ingresar las cantidades multimillonarias que le habría reportado un hipotético contrato con un equipo de Primera División, sufre un daño cierto y efectivo, porque de lo que no cabe duda es de que tal contrato no se iba a firmar y, por tanto, de que tales cantidades no van a ingresarse. Lo que ocurre es que la inobtención de las ganancias, aunque real y segura, no puede repararse porque no está causalmente enlazada con la conducta del agente dañoso que provocó al futbolista *amateur* las lesiones corporales, sino a otros factores, algunos imputables a la propia víctima (sus escasas habilidades futbolísticas, su avanzada edad, sus opciones vitales, que le llevaron a decantarse por otra actividad profesional...). Bajo esta perspectiva, el lucro cesante de quien sufre unas lesiones corporales que le incapacitan para trabajar no ha de repararse en casos como éste, pero, en rigor, no porque haya dejado de demostrarse su existencia, certeza o efectividad, sino porque no es causalmente imputable al agente dañoso. Lo que ocurre es que esta última idea, la de que los daños patrimoniales futuros seguros y efectivos no son reparables sino en presencia de nexo causal, es la que suele expresarse en nuestro Derecho a través del requisito de la certeza o efectividad del daño. En efecto, en el ejemplo propuesto, un juez español diría que la víctima no tiene derecho a indemnización porque la pérdida de esos multimillonarios ingresos es un daño, no cierto y efectivo, sino eventual e hipotético.

vidad» en este sentido, se está dando a entender, a mi juicio, que sólo cabe afirmar jurídicamente la existencia de causalidades altamente probables.

Estas consideraciones permiten ubicar con mayor precisión las hipótesis de pérdida de oportunidad dentro de la teoría general de la causalidad y su prueba. Tales hipótesis se plantean, en el ámbito del *Common Law*, cuando las probabilidades de causalidad no superan el umbral del 50% (*less-than-even-chances*); y, en la cultura jurídica de la Europa continental, donde se inserta el Derecho español, cuando tales probabilidades no sobrepasan una barrera situada en el 80%. Si tales niveles se alcanzan, habrá de afirmarse la causalidad, pero si no, habrá de entenderse que el hecho ilícito no fue *condicio sine qua non* de la inobtención de la ventaja apetecida, pudiéndose entonces plantear una hipótesis de pérdida de *chance*.

3.2. Las reglas de la matemática, la estadística y la lógica

La causalidad resulta demostrada cuando el órgano decisor estima que la hipótesis de que existe está dotada de un grado de «probabilidad suficiente», y ya sabemos que lo es cuando es alta (en el Derecho europeo continental) o preponderante (en el Derecho anglosajón). La cuestión que ahora se plantea es la de la determinación de las pautas y criterios con que apoyar o descartar tal conclusión. De lo que se trata es, en definitiva, de exponer y revisar críticamente los criterios propuestos para llevar a cabo el cálculo de probabilidad conducente a la apreciación de que el hecho de la causalidad queda o no demostrado.

3.2.1. La probabilidad matemática

3.2.1.1. La Ley de Laplace

Se ha entendido a veces que la «probabilidad suficiente» a la que es preciso llegar para tener por cierta la causalidad y, en general, cualquier enunciado fáctico, es una probabilidad matemática⁽⁷⁰⁷⁾. Si así fuera, no habría más que traer al proceso los instrumentos matemáticos del cálculo de probabilidades, que, desde luego, expresarían reglas dotadas de amplios márgenes de infalibilidad, capaces de objetivar al máximo la valoración de las pruebas.

Una de las leyes fundamentales de la probabilidad matemática o *a priori* fue formulada por Pierre SIMON, Marqués de Laplace (1749-1837). En su virtud, la probabilidad de un suceso se mide dividiendo el número de casos favorables entre el total de los posibles. Conforme al mismo, la probabilidad de que, al lanzar un dado, salga el número 2, se halla dividiendo 1 (porque sólo hay 1 caso favorable) entre 6 (que son todos los

(707) Cfr. L. LOEVINGER, *Jurimetrics: Science and Prediction in the Field of Law*, Minnesota L. Rev., núm. 46, 1961-1962, p. 269; F. KORT, *Predicting Supreme Court Decisions Mathematically: A quantitative Analysis of the «Right to Counsel» Cases*, American Political Science Rev., núm. 51, 1957, pp. 1.

casos posibles) y es igual a 0,166 o, lo que es lo mismo, a 16,6%. La regla de la probabilidad clásica puede valer como pauta de valoración probatoria del hecho de la causalidad cuando la actuación ilícita ha entorpecido el desarrollo de algunos juegos de azar. Valga el ejemplo precitado(708) de la jarra de judías (*the «bean jar» paradigm*), propuesto por el profesor norteamericano Joseph H. KING(709).

Paula adquiere un título que le da derecho extraer una judía de un jarrón que contiene 100, de las que 30 son de color dorado y 70 azules. De acuerdo con las reglas del juego, ganará un premio de 100.000\$ si la judía extraída es dorada, pero no obtendrá nada si es azul. Paula encarga a su abogado la custodia del título, pero éste, lo pierde incurriendo en negligencia. La aplicación del teorema de Laplace arroja el resultado de que las probabilidades de que el abogado haya impedido que Paula obtenga el premio son de 0,3/1 o, dicho de otro modo, del 30%. Tal grado de probabilidad no es suficiente para afirmar la causalidad, pues no satisface el umbral de certeza europeo-continental (80%) o anglosajón (50%). Se plantea entonces una hipótesis de pérdida de oportunidad de tal manera que, si se aplicara la doctrina de la *chance*, Paula recibiría una indemnización de 30.000\$; pero si no, no recibiría nada.

Fuera de este reducidísimo margen, ocupado más por casos de laboratorio que por supuestos reales, la Ley de Laplace no sirve como pauta de averiguación de la verdad en el proceso(710). La aplicación de la regla exige conocer de antemano que todos los posibles resultados tienen las mismas probabilidades. Por eso la probabilidad matemática es una probabilidad *a priori*. Ésta aporta un formidable criterio de medición, por su alto grado de precisión, pero al Derecho no le vale como parámetro general de valoración probabilístico de hechos porque, en la realidad, los sucesos o acontecimientos sólo raramente son equiprobables(711).

(708) En Cap. I, ap. III.2.1.3.

(709) En «*Reduction of...*», cit., pp. 514-515, donde figura un análisis de otras reglas de la probabilidad matemática que pueden auxiliar en la averiguación del nexo de causalidad, particularmente la regla de la probabilidad condicionada (pp. 554-555).

(710) Dice MÜLLER (*La perte...*, cit., p. 36) que el Derecho sólo puede realizar las mediciones concernientes a la causalidad con base en la probabilidad matemática en los «juegos de azar jurídicos» (*jeux de hasard juridiques*).

(711) A juicio del lógico y economista William Stanley JEVONS (*The principles of science. A Treatise on Logic and Scientific Method*, 1924, pp. 215-216) «las tentativas de aplicar la teoría de la probabilidad a los resultados de los procedimientos judiciales han demostrado ser de poco valor, simplemente porque las condiciones son demasia-

dos intrincadas»; y recuerda que ya el propio Marqués de Laplace había dicho que «todas las emociones, los más diversos intereses y circunstancias, complican las cuestiones relativas a ese tema, hasta el punto de que [en cuanto a las probables sentencias] son casi siempre insolubles». La cita está tomada de J. FRANK (*Derecho...*, cit., pp. 123-124), quien se mostró particularmente crítico con los defensores de esta «aproximación científica» o «inclinación matemática»; personas que encuentran «satisfacción en expresiones como «ingeniería social» o «ingeniería jurídica», expresiones que indican que los seres humanos deberían ser tratados (a lo Platón) como los tratan los totalitarios, esto es, como seres inertes que deben ser manejados o controlados rígidamente» (p. 126). Ese «peligroso descuido de lo individual único, está más cerca del pensamiento de Platón que del de Aristóteles» (p. 127). Un

La idea puede ilustrarse a través de los supuestos en que un sujeto deja de vencer en un procedimiento administrativo competitivo (licitaciones públicas, oposiciones, etc.), un concurso (laboral, literario, artístico, de belleza, etc.) o una competición deportiva (una partida de ajedrez, un partido de fútbol, etc.), debiéndose determinar si la derrota es o no consecuencia material de un hecho ilícito. En este tipo de asuntos se conoce de antemano el número total de resultados posibles, que se corresponde con el de aspirantes en condiciones de competir más 1, si cabe la posibilidad de que no gane ninguno (porque se declare desierto el concurso o porque haya empate o tablas). Sin embargo, en estos casos no cabe hallar las probabilidades de victoria (y, por ende, de causalidad) con la ayuda de las matemáticas porque, por lo general, no se cumple el requisito de la equiprobabilidad: los candidatos no reúnen las mismas condiciones (porque tienen diferentes grados de preparación, cualificación, estado de ánimo, ímpetu o perseverancia, etc.) ni, consecuentemente, las mismas posibilidades de éxito. Piénsese en la víctima que, al no disputar una partida de ajedrez por culpa del agente dañoso, no pudo ganarla ni obtener el premio que llevaba parejo. Si el perjudicado era un campeón mundial, vencedor en los más reputados torneos y el contrincante un simple aficionado que llegó a la final por el absentismo de sus competidores anteriores, es claro que una persona razonable no diría que las probabilidades eran sólo del 50% (que son las que arrojan las matemáticas); antes bien, llegaría a la conclusión de que, muy probablemente, el agente dañoso impidió que aquélla ganara el premio, afirmando entonces el nexo de causalidad entre el hecho ilícito y el daño(712). Es, pues, inadmisibles que, ignorando las circunstancias concretas del caso, pretenda basarse exclusivamente en la fórmula matemática el sentido de la decisión sobre los hechos: se tendría por demostrada una circunstancia fáctica sobre la base de una muy poca rigurosa aplicación de la teoría «clásica» de la probabilidad carente de la necesaria calidad epistemológica(713). Esta valoración probatoria sólo por azar podría aproximarse a lo efectivamente acaecido porque la probabilidad matemática, así empleada, no sirve como herramienta de cálculo del grado de verosimilitud de la hipótesis. Por eso puede decirse que tal género de cálculo es contrario a las reglas de la sana crítica a que hace explícita mención la LECiv. En este tipo de casos, puede, a lo sumo,

vigoroso y reciente ataque a los entusiastas de la matemática como cauce para la averiguación de los hechos en el proceso en L. R. JAFFEE, *Of probativity and probability: statistics, scientific evidence, and the calculus of chance at trial*, Univ. Pittsburg L. Rev., núm. 46, 1985, pp. 925-1082.

(712) El ejemplo es una recreación de otro propuesto por C. MÜLLER (*La perte...*, cit., p. 41) al hilo de la crítica a los planteamientos favorables a extrapolar los criterios

de la matemáticas para hallar el grado de probabilidad de causalidad en supuestos de responsabilidad civil.

(713) L. R. JAFFEE, *Of probability...*, cit., p. 1079 señala en este sentido que ni el cálculo matemático ni las «leyes» de la probabilidad pueden gobernar, explicar o suplir los parámetros lógicos con que se tienen por probados los hechos dentro del proceso.

convenirse la equiprobabilidad de los sucesos y aplicarse la fórmula si, con esto, pretende sólo obtenerse un dato que, ponderado junto con las demás informaciones del caso, auxilie en la determinación del grado de probabilidad.

No obstante, ocurre a veces que la información de que dispone la autoridad competente (la Administración pública que resuelve la reclamación o el recurso, el Consejo de Estado que dictamina el asunto, el juez o el Tribunal que sentencia el caso) es muy deficiente hasta el punto de que el único dato relevante conocido es el número de aspirantes a la victoria. Es lo que sucede cuando no puede accederse a los datos objetivos que permiten emplear parámetros de medición basados en circunstancias concretas; o cuando, pudiéndose acreditar, no se le han proporcionado al juzgador. En algunos de estos casos podría, quizá, acudir a la probabilidad matemática para determinar la existencia o inexistencia de lazo causal. La principal tara de la fórmula clásica es su ineptitud para dar cuenta de las características del supuesto concreto (porque las presupone; y las presupone idénticas), pero, siendo éstas desconocidas, podría emplearse, en principio, para calibrar las probabilidades de que la víctima venciera o perdiera el concurso, la carrera o la competición de que se trate (714). El juez está obligado a decantarse por una u otra opción y la dificultad de hacerlo en tan precarias condiciones informativas no le exonera de hacerlo (prohibición del *non liquet*) (715). La probabilidad *a priori* aportaría un criterio sencillo y racional con que aproximarse a los hechos, es decir, a lo que hubiera acaecido si no hubiera mediado el hecho ilícito. Las probabilidades de victoria de cada uno de los participantes eran distintas casi con toda seguridad, pero si en el proceso no puede recabarse información fiable, la fórmula matemática constituye, posiblemente, la mejor herramienta para descartar o afirmar la existencia del nexo causal. Por eso, si se asume o conviene que todos los candidatos reunían las mismas condiciones y que, consecuentemente, tenían las mismas posibilidades, podrá rechazarse la causalidad si, atendido el estándar probatorio de que se trate, la probabilidad matemática es insuficiente, en cuyo caso podría estarse ante una hipótesis de pérdida de *chance*.

(714) En realidad, el cálculo de una probabilidad *a priori* obliga siempre a utilizar una convención, pues difícilmente puede asegurarse *ex ante* la equiprobabilidad de las hipótesis, ni siquiera en los clásicos ejemplos de dados, apuestas y cartas. Es la idea que expresa el genial matemático francés Henri POINCARÉ, *Ciencia e hipótesis*, introducción J. de Lorenzo, trad. A. B. Besio y J. Banfi, Espasa Calpe, 2002, p. 236: «Para emprender cualquier cálculo de probabilidad, y aun para que este cálculo tenga sentido, es necesario admitir, como punto de partida, una hipótesis o una convención que implica siempre un cierto grado de arbitrariedad. En la elección de esta convicción no podemos ser guiados más que por el principio de razón suficiente». Por eso, ante la ausencia de información en los supuestos planteados, po-

dría convenirse que son equiprobables la hipótesis de que la víctima habría vencido el concurso, certamen, proceso o competición de que se trate; y la de que lo habría perdido.

(715) Es la idea expresada por el profesor Ricardo DE ÁNGEL (Prólogo a J. C. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad... informado*, cit., pp. XII-XIII), cuando, al referirse a la *responsabilidad por informar* (por incumplimiento del deber médico de información frente al paciente), señala que la presencia de la causalidad se basa en conjeturas y representa un enigma que, no obstante, «el jurista se ve obligado a traducir a *realidad*, porque de otro modo el *conflicto* se quedaría sin solución». Sobre la prohibición del *non liquet* volveremos después (en este Cap., ap. III.3.3).

Es el tipo de cálculo probabilístico al que se acudió en Inglaterra, en el caso *Chaplin v. Hichs* (1911), al que en su momento se hizo referencia. También lo manejó Tribunal italiano de Casación (Secc. Laboral) en la sentencia del de 19 de diciembre de 1985, núm. 6509, en la que consta que, de los 91 candidatos que concurrieron a la prueba oral, sólo 24 dejaron de superarla, por lo que, al aprobarla 67, se resolvió que el candidato excluido contaba con un porcentaje de probabilidad de superar la prueba superior al 60%. Otro ejemplo lo proporciona la sentencia del TAR de Emilia-Romaña, Bolonia (Secc. I), de 17 de abril de 2002, núm. 592, a la que me referiré más adelante(716).

3.2.1.2. Las cuotas (de mercado, de emisión y de superficie) como criterios especiales de medición probabilística

Precisamente porque la aplicación de la teoría de Laplace es sólo aceptable, en principio, en asuntos como el de la «jarra de judías» en que puede fácilmente convenirse o asumirse la equiprobabilidad de la hipótesis, no puede admitirse, al menos en el Derecho español, la doctrina de la responsabilidad por cuota de mercado (*Market Share Liability*) como criterio general de valoración del hecho de la causalidad en casos de responsabilidad por productos, cuando se desconoce la identidad del concreto fabricante que proporcionó la unidad dañina.

Según hemos visto, alguna jurisprudencia estadounidense ha atendido a la cuota de mercado para determinar la probabilidad de que la píldora antiabortiva DES (que provocó graves daños a las hijas de las consumidoras) fuera distribuida por los diversos fabricantes demandados(717). De este modo, se ha aplicado la teoría clásica de la probabilidad, considerando que, si 100 era el número global de cajas distribuidas del medicamento (número total de casos posibles) y un fabricante produjo sólo 20 (número de casos favorables), la probabilidad de que la madre de la víctima consumiera la pastilla producida por éste era del 20%, fijando en esta cifra la probabilidad causal. En estos supuestos, la circunstancia de que, por su composición, todas las pastillas de DES tuvieran la misma potencialidad lesiva y de que fueran demandados los principales fabricantes de la zona en que residían las consumidoras facilitó el cálculo matemático de la probabilidad. Este tipo de cálculo se aceptó, según parece, porque la cuota de mercado expresaba una medida bastante aproximada de la probabilidad de que el fabricante de un producto (del que se sabía que generaba lesiones) fuera el que puso en circulación la concreta unidad consumida por la víctima. Pero, por lo general, tal criterio no es de recibo porque puede haber concretos indicadores de una mayor o menor probabilidad que dejan de computarse si se aplica la teoría de Laplace, considerándose sólo la cuota de mercado(718). Así, por ejemplo, las circunstancias de que el producto afecte

(716) A ella me refiero en Cap. IX, ap. II.5.2.1.

(717) Cap. I, ap. III.3.2.5.

(718) En parecido sentido, C. MÜLLER, *La perte...*, cit., p. 223.

de distinta manera a los consumidores en función de su fisionomía o hábitos (*v. gr.* el amianto, que afecte más a los fumadores); o de que el diseño o composición de las distintas unidades comercializadas determine una mayor o menor potencialidad lesiva del producto (así, según una jurisprudencia norteamericana, las armas de fuego, que producen riesgos variables en función de su forma o diseño) (719).

Nótese que lo discutido aquí no es la corrección técnica de esta doctrina, por afirmar responsabilidades cuando el grado de probabilidad de que el agente causara el daño sea insuficiente. Evidentemente, es ésta una consecuencia que, al igual que las derivadas de la doctrina de la responsabilidad colectiva y la pérdida de *chance*, es radicalmente incompatible con la teoría general de la causalidad, según la cual, cabe sólo la reparación total el daño y sólo cuando el nivel de probabilidad supere la barrera del 50%, en el *Common Law*, o del 80%, en el Derecho continental (720). Lo que se contesta ahora es el modo en que el *Market-Share-Liability Approach* realiza el cálculo de probabilidad, válido sólo para los casos en que el único dato relevante conocido con que formarse un juicio en torno al hecho causal es la cuota de mercado.

Por lo mismo, no cabe, sin más, extrapolar este rígido criterio de cálculo para averiguar las probabilidades de causalidad en daños medioambientales. Esta teoría, cuando sirve para hallar la probabilidad de que un daño causado por la contaminación ambiental derive de la concretamente producida por una determinada industria, calculándola en proporción a su *cuota de emisión* (*Pollution Share Liability*), deja de considerar multitud de elementos que pueden incidir en la mayor o menor probabilidad de que haya nexo causal, como la composición química de las emisiones, su interacción con otras fuentes contaminantes o el lugar en que se producen (721).

Téngase en cuenta, en fin, que la escasa fiabilidad de la pauta de la *cuota de mercado* o *de emisión* como instrumento cuantificador de probabilidades causales puede predicarse también del criterio de la *cuota de superficie colindante*, establecido en los artículos 35.1 a) del Decreto 506/1971, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la Ejecución de la Ley de Caza de 4 de abril de 1970; y 71.4 de la Ley 5/2002, de 4 de abril, de Caza de Aragón. Tales preceptos regulan supuestos en que se desconoce el lugar del que provino un animal de caza que provocó daños, obligando solidariamente a los titulares de derechos personales o reales sobre los terrenos cinegéticos cercanos; y estableciendo que, en

(719) Así, A. RUDA GONZÁLEZ, *Entre todo...*, cit., pp. 17-18, 28-29, y *La responsabilidad...*, cit., pp. 6-7, 24, compartiendo el criterio de la jurisprudencia estadounidense que recoge.

(720) El modelo de imputación causal al que estos planteamientos se acomodan

se analiza en otro lugar (Cap. VII), donde se determina en qué medida resulta admisible en el Derecho español.

(721) En este sentido, A. RUDA GONZÁLEZ, *Entre todo...*, cit., pp. 24-25, y *La responsabilidad...*, cit., pp. 17-19.

la relación interna que liga a los deudores *in solidum*, se calibre el grado de su responsabilidad en proporción a la superficie colindante con el predio del perjudicado⁽⁷²²⁾. Hay que entender que estos artículos explicitan el criterio de cálculo probabilístico *normalmente* idóneo, pues, en principio, cuanto mayor sea la superficie de una finca colindante, mayor es la probabilidad de que el animal proceda de ésta. Ahora bien, tales disposiciones no excluyen, a mi modo de ver, la ponderación de otros factores, si sirven para aquilatar el alcance de la responsabilidad de los deudores solidarios; ni la posibilidad de que alguno de los titulares cinegéticos quede completamente liberado porque demuestre que es altamente improbable que el animal procediera de su finca (por ej., cuando el titular acredite que en su fundo no habitan o no pueden habitar ejemplares de la especie a la que pertenece el animal que produjo el daño o, en otro caso, que es prácticamente imposible que pudieran saltar la altísima valla que encerraba los terrenos).

Consecuentemente, no puede aceptarse una interpretación literal de esos preceptos ni una generalización de la medición probabilística por cuotas (de mercado, de emisión o de superficie), pues está en abierto contraste con las reglas de la sana crítica y con la exigencia fundamental (radicada en las bases del instituto resarcitorio español) de que la reparación de daños corra a cargo de quien se presenta como causante posible o probable, después de ejecutar una investigación destinada a desentrañar la verdad de lo acontecido, no a computar criterios rígidos de valoración sin contar con las circunstancias del caso.

3.2.2. *La probabilidad frecuencial*

La denominada probabilidad objetiva, estadística, frecuencial o *a posteriori*, permite, a diferencia de la probabilidad matemática, un cálculo probabilístico sin necesidad de que los sucesos tengan que ser equiprobables. La probabilidad de un suceso se identifica aquí con la frecuencia con la que se observa o, lo que es lo mismo, la probabilidad de ocurrencia de un determinado acontecimiento es la proporción de veces que tal acontecimiento sucedería a la vista de la observación de lo acaecido en un número grande de ocasiones bajo condiciones similares. Ésta es la base de la Estadística Moderna⁽⁷²³⁾. Las informaciones estadísticas pueden ser, según ha dicho, un instrumento útil para la localización de la «probabilidad suficiente» en torno a la existencia o inexistencia de un hecho, como el de la causalidad. Es preciso determinar en qué medida.

(722) A este supuesto nos hemos referido con mayor precisión y detenimiento en Cap. I, aps. III.3.2.4 y III.3.2.5, nota.

(723) El origen de la Estadística está, precisamente, en la extensión del cálculo de proporciones en los juegos de azar a los fenómenos de masas, permitiendo el cálculo de probabilidades en nuevos domi-

nios, como la vida o las rentas vitalicias. Vide Y. DERRIENNIC, *Pascal...*, cit., pp. 45-71; D. PEÑA/J. ROMO, *Introducción a la Estadística para las Ciencias Sociales*. McGraw-Hill, Madrid, 1997; C. DE FERRA, *De Finetti, la rivoluzione della probabilità*, Assicurazioni, 2002, núm. 2, pp. 185-199.

Si, partiendo de un muy amplio estudio estadístico, se determina que han fallecido un 30% de los pacientes aquejados de una determinada patología, puede saberse, en abstracto, las probabilidades de sobrevivencia de que dispone un enfermo cualquiera. Sin embargo, la estadística no puede por sí predeterminar el contenido de una sentencia en relación con un individuo concreto ignorando sus específicas circunstancias. Las estadísticas informan sobre la frecuencia de un tipo de acontecimientos, pero nada dicen sobre el caso concreto porque sus peculiaridades no han podido ser tomadas en cuenta(724). La probabilidad frecuencial no está sujeta a los límites de la matemática «clásica», pero desdeña toda información de la específica realidad a la que sirve. Es capaz de brindar indicaciones sobre toda *una serie* de hipótesis, pero es incapaz de hacerlo sobre *un caso* aislado(725).

La probabilidad estadística incurre en el mismo defecto que la probabilidad matemática, cuando ésta se proyecta sobre el proceso sin consideración de los elementos concretos del caso: aporta cifras mudas y desnudas (por eso se habla de *naked statistical evidence*) que, desconectadas de las circunstancias concretas, puede conducir a resultados netamente errados(726). Por eso no puede compartirse la opinión de los juristas que defienden la posibilidad de dejar a un lado el examen de las circunstancias concretas del caso para basar exclusivamente en las pruebas científicas de carácter estadístico la valoración judicial de los hechos(727) ni, concretamente, con los que propugnan esta solución en el ámbito específico de la responsabilidad civil para apreciar la probabilidad de que el hecho ilícito fuera causa del daño(728): contradicen las reglas de la sana crítica, que obligan a basar la valoración probatoria en los criterios que aseguren el mayor grado posible de correspondencia del enunciado fáctico con la realidad.

Entre estos últimos, se encuentra el genial procesalista Piero CALAMANDREI(729), que en 1931 propuso la aplicación del método estadístico

(724) M. GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, cit., p. 172.

(725) Lo cual no significa que la estadística no pueda ser una herramienta preciosa en otras parcelas del Derecho, distinta de la dedicada al establecimiento de la valoración racional de los hechos. En efecto, y esto es algo en lo que ha insistido C. MÜLLER (*La perte...*, cit., pp. 37-38), deberían manejarse en la política legislativa y, en general, y en la específicamente ocupada en el establecimiento de reglas probatorias y presunciones.

(726) En parecido sentido, M. GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, cit., pp. 171-172. Cfr. R. JAFFEE, *Of probability...*, cit., pp., pp. 951 ss.

(727) Así, R. ALLEN, *Rationality, Mythology and the «Acceptability of Verdicts» Thesis*,

en Boston Univ. L. Rev., núm. 66, 1986, pp. 541 ss. En contra, M. TARUFFO, *La prova...*, cit., pp. 196-197.

(728) Así, S. F. BRENNWALD, *Proving causation...*, cit., pp. 784 ss., aunque parece admitir la necesidad de privilegiar las «pruebas singularizadas» (*particularistic proof*).

(729) *Limiti di responsabilità del legale negligente*, Riv. Dir. proc. civ., 1931/2, pp. 267-268. Sin ser aceptable su propuesta, hay que reconocerle el mérito de responder a la preocupación de que la valoración de la prueba del hecho de la causalidad se realice con criterios racionales y objetivos. Su planteamiento tuvo también la virtud de intentar asegurar una reparación en casos de pérdida de oportunidad; y de ofrecer criterios de racionalidad con que calcular

para determinar la probabilidad de éxito con que contaba el recurso de apelación omitido por el abogado. Entendía que había que acudir *siempre* a la estadística judicial y determinar el porcentaje de casos en que las sentencias eran revocadas por los Tribunales Superiores, tomando como base la generalidad de los procesos sustanciados. Si la probabilidad estadística era seria, pero insuficiente a los efectos de la apreciación del hecho causal, el maestro italiano entendía que procedía indemnizar en concepto de pérdida de *chance*. Este criterio de medición abstracta con el que representarse qué habría ocurrido en el proceso, ha sido postulado, más tarde, durante la sexta década del siglo pasado, por algunos autores americanos bajo el nombre de «jurimetría»; y, después, por el francés Alain BÉNABENT(730). En la actualidad, es defendido en España por Fernando GÓMEZ POMAR(731).

El cálculo (exclusivamente) estadístico de probabilidad es inadmisibile, pues con él se efectúa en abstracto la determinación del grado de probabilidad de acierto, *id est*, sin tomar en consideración las circunstancias específicas del caso considerado, pese a ser evidente que un examen detenido e individualizado arrojaría que no todos los recursos de un mismo tipo tienen la idéntica probabilidad de ser acogidos: los hay completamente fundados y los hay completamente temerarios, con una variada gama de grados intermedios(732). Así pues, el cálculo estadístico de probabilidad por sí sólo no garantiza la verosimilitud de la hipótesis que con ella pretende confirmarse(733).

su extensión, sin refugiarse en el cómodo y sólitamente expediente del método equitativo.

(730) *La chance...*, cit., ap. 252. Sobre el tema, C. MÜLLER, *La perte...*, cit., p. 331.

(731) En su breve y clarificador artículo sobre la responsabilidad civil del profesional legal el autor se plantea si «[h]ay alguna alternativa a la poco atractiva opción de que el Tribunal que ha de fijar la indemnización de daños que haya de pagar el abogado a su cliente, se vea obligado a formarse un juicio completo sobre cuál era la probabilidad de victoria» (*Pleitos ten-gas...*, cit., p. 5). Sin rechazar de plano un «juicio dentro del juicio» que atienda a las características del caso, considera que una alternativa admisible es «considerar que el pleito perdido, a salvo una poderosa y evidente indicación en contrario, era un asunto ordinario dentro de los de su clase y, por tanto, un asunto respecto del cual la probabilidad de éxito se puede aproximar utilizando la probabilidad media de éxito de la clase de asunto. Por ejemplo, en el caso de la sentencia de 8 de abril de 2003, se partiría del supuesto que la probabilidad de éxito en el pleito que se perdió se corresponde con el porcentaje de sentencias

de la Audiencia Territorial de Oviedo que en aquellos años elevaron la valoración expropiatoria elevada por el Jurado Provincial. Si después se multiplica tal probabilidad por la cuantía del pleito (ésta, sí, mucho más sencillo de cuantificar), se obtiene el valor esperado que, desde luego, no es exacta y matemática traducción del que efectivamente perdió el cliente, porque nunca podremos llegar a saber cuál era tal valor perdido». De este modo, el autor *crea* firmemente que el cálculo estadístico de la probabilidad causal «es preferible con mucho a la discrecionalidad con escasos límites que supone emplear en exclusiva la categoría del daño moral» (p. 6).

(732) Este es también el criterio de M. BOCCHIOLA, *Perdita...*, cit., p. 92. Ya G. CATTANEO se opuso al método de la estadística judicial y postulaba que el cálculo de la probabilidad de acierto del pleito frustrado exigía su concreta consideración (*La responsabilità del professionista*, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 186-189).

(733) Resultan especialmente elocuentes las palabras de J. FRANK (*Derecho...*, cit., p. 123): «Estas personas piensan que observando una multitud de decisiones judicia-

Si es cierto que la prueba no es, sin más, un simple mecanismo de conciliación de intereses, sino una herramienta con la que, pese a la imperfección del conocimiento humano, trata de accederse a lo realmente acaecido, aunque sólo sea en términos de probabilidad, no puede atribuirse a la probabilidad frecuencial ese desmesurado valor probatorio: las estadísticas también yerran y lo hacen indefectiblemente cuando se utilizan en el proceso a espaldas de las circunstancias del caso concreto. Las estadísticas, si existen⁽⁷³⁴⁾ y son fiables⁽⁷³⁵⁾, podrán ser, al igual que el resultado de aplicar las leyes de la probabilidad *a priori*, un elemento más que, junto con las informaciones no estadísticas del caso, habrán de ponderarse para hallar la «probabilidad suficiente» de la causalidad o del hecho de que se trate⁽⁷³⁶⁾.

les podemos obtener promedios, de modo que la mayoría de las diferencias entre los fallos de los diversos pleitos específicos desaparecerán; las regularidades o uniformidades pueden entonces ser descubiertas, y serán posibles las predicciones de sentencias específicas futuras. Pero eso sería cierto sólo si las personas que construyen los promedios supieran, por lo menos, esto: la relación entre 1) los reales hechos pasados de cada pleito, cuya sentencia se halla incluida en el promedio y 2) los hechos tales como han sido “determinados en cada caso por el tribunal de primera instancia. Nadie, sin embargo, puede saber (1) y, en consecuencia, nadie puede establecer su relación con (2). Además, en el juicio común promedio los factores ‘promedio’ –las regularidades o uniformidades– se mezclan con las reacciones impredecibles, incognoscibles, no promediables, del juez de primera instancia o del jurado respecto del testimonio oral, e impiden pronosticar la sentencia” (...). Concluye este autor que la «ley estadística» no permite predecir casos individuales; y que tal género de ley se aplica sólo a «grandes grupos y grandes recorridos» (p. 124).

(734) Lo normal es que no existan, aunque hay ámbitos donde proliferan. Uno de éstos es, precisamente, la medicina, donde las investigaciones en torno a la viabilidad de fármacos o tratamientos acostumbra a apoyarse en estos instrumentos. Pero, según LUNA YERGA, *La prueba...*, cit., p. 32, «[e]n España, como en la mayoría de los países de nuestro entorno, no disponemos de estadísticas comparables a las de los Estados Unidos que nos permitan conocer cuántas muertes causan los errores médicos, tanto en el sector público como en el sector privado».

(735) Es preciso notar «que la alegada

cientificidad de las pruebas no justifica por sí misma la certeza de sus resultados, por lo que su “admisibilidad” y posterior “valoración” hace necesario controlar en cada caso concreto la metodología científica usada y su correcta utilización, tareas que –no se olvide– corresponden al juez, y que exigen, por tanto, su apertura a conocimientos extrajurídicos» (M. GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, cit., p. 171). La utilización de las estadísticas va poco a poco generalizándose como instrumento probatorio del nexo de causalidad en materia de responsabilidad por productos, por negligencias profesionales en la actividad médico-sanitaria y por daños al medio ambiente, dando luz a un nuevo, amplio y lucrativo negocio en torno a ellas: el número de sujetos implicado, a veces enorme, como ocurre en los procesos contra farmacéuticas o empresas productoras de materiales tóxicos, determina que muchas veces ingentes cantidades de dinero puedan depender de resultados estadísticos (*ibidem*, pp. 170-171). Por eso calibrar la fiabilidad científica de éstos constituye una tarea insoslayable, aunque ciertamente compleja (J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación y calificación del resultado*, Min. Just., Madrid, 1988, p. 71). *Vide* también en este sentido A. LUNA YERGA, *La prueba...*, cit., pp. 289-292, 209, 301.

(736) En esta línea, el administrativista colombiano J. C. HENAO, al referirse, no al problema del valor de la estadística, sino al más general del de las informaciones «no individuales». Señala que el juez ha de apoyarse en elementos ligados la individualidad de la víctima y en datos exteriores a su personalidad para calibrar el grado de probabilidad de que el daño no se hubiera padecido (*El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en*

Las probabilidades estadísticas pueden ser útiles, en supuestos de responsabilidad civil, para apreciar la causalidad, por ejemplo, entre las lesiones personales y el uso de un medicamento. Esta es la opinión de algún autor que, no obstante, añade, a mi juicio acertadamente, la siguiente matización: «la relación estadística entre el consumo del medicamento y la enfermedad sufrida por el paciente no equivale a la prueba del nexo causal. Para ello es necesario constatar que los resultados de la prueba epidemiológica se corresponden con el historial médico de la víctima, con sus testimonios, así como con los hechos y opiniones médicas generalmente aceptadas en la comunidad científica, lo que resulta de la prueba clínica» (737). La probabilidad suficiente que permita apreciar la concurrencia del lazo de causalidad no se identifica, pues, con la probabilidad estadística, sino con la resultante de la ponderación de todas las informaciones, incluidas las de carácter estadístico que, después de acreditarse su científicidad, tendrán un poder determinante tanto mayor cuanto más se corresponda el concreto perfil de la víctima con el de los sujetos que integran la muestra. Sólo cuando no pueda llevarse a cabo una medición probabilística *in concreto*, las estadísticas, y sólo si su elaboración supera un riguroso parámetro de científicidad, pueden, quizá, soportar el peso de la decisión en torno a la premisa menor del silogismo judicial.

3.2.3. La probabilidad bayesiana

Hay otros instrumentos matemáticos que intentan superar la desconexión intrínseca respecto de los casos aislada e individualmente considerados, característica de los cálculos basados en la probabilidad *a priori*

Derecho colombiano y francés, Univ. Externado Colombia, Bogotá, 1998, pp. 161-162). Ambos tipos de informaciones no son excluyentes entre sí de tal manera que, a partir de la individualidad del demandante y su contexto, puede reconstruirse hipotéticamente «una situación que no podrá ser nunca real» (*ibidem*, pp. 162-163). En este sentido, dice M. ZAVALA DE GONZÁLEZ (*El resarcimiento...*, t. II, cit., p. 391): «El tema no puede decidirse en abstracto, sino en función de cada caso». En este sentido, pero en relación con el valor de la prueba estadística en general, M. TARUFFO, *La prova...*, cit., pp. 197-198. Se refiere al problema de la prueba estadística refiriéndose directamente a la doctrina de la *chance*, S. M. NICHOLS, *Jorgenson...*, cit., pp. 642 ss.

(737) Así, S. RAMOS GONZÁLEZ (*Responsabilidad civil por medicamento. Defectos de fabricación, de diseño y en las advertencias o instrucciones*, prólogo P. Salvador Coderch, Thomson/Civitas, Madrid, 2004, pp. 335-336), importando doctrina norteamericana (M. MILDRED, *Representing the plaintiff in drug product liability cases*, en G. G. HOWELLS, *Product Liability, Insurance and the Pharmaceuti-*

cal Industry, Manchester Univ. Press, New York, 1992, p. 28). En este orden de ideas, LUNA YERGA (*La prueba...*, cit., p. 457), partiendo del planteamiento de PENNEAU (*La responsabilité médicale*, Paris, Sirey, 1977, pp. 121-123), ha dicho, en relación con la prueba de la causalidad en la responsabilidad médico-sanitaria, que «[e]xiste una gran distancia entre las previsiones estadísticas de evolución de una determinada enfermedad y las previsiones individuales de evolución de un paciente afectado por dicha enfermedad, por lo que debe atenderse a cada caso concreto para determinar qué previsiones individuales de evolución de la enfermedad entran en consideración». Sobre la estadística como instrumento probatorio de la causalidad en otros ámbitos y, en particular, en relación con la responsabilidad civil por daños derivados de la exposición a sustancias tóxicas (químicas, biológicas o radiológicas), S. GOLD, *Causation in toxic torts: burdens of proof, standards of persuasion, and statistical evidence*, Yale L. Journal, núm. 96, 1986, pp. 376-402.

(cuando se ignora la premisa de la equiprobabilidad) y en la probabilidad *a posteriori* o frecuencial: los teoremas formulados por el inglés Thomas BAYES (1702-1761). Los métodos bayesianos representan una alternativa a la matemática y a la estadística tradicional porque tratan de interiorizar dentro del cálculo de probabilidades informaciones del caso concreto, aportando así un resultado singularizado para una hipótesis aislada. El enfoque bayesiano aporta, pues, una cuantificación subjetiva de las probabilidades con que vencer las limitaciones de la probabilidad clásica y superar los defectos de la frecuentista. Por eso se dice que la probabilidad bayesiana es una probabilidad subjetiva.

En el marco de la ciencia médica, hay quien preconiza su utilización generalizada bajo el entendimiento de que la denominada «inferencia subjetiva» o «inferencia bayesiana» sirve para predecir, con las ventajas de las Ciencias exactas (precisión y objetividad), pero sin sus defectos (desapego del asunto examinado), las posibilidades de éxito de un concreto tratamiento clínico(738); y en el ámbito de las Ciencias jurídicas, han aparecido autores que, por las mismas razones, propugnan su aceptación como mecanismo con que medir la aceptabilidad de los hechos alegados durante el proceso; y, en lo que respecta a esta investigación, con que calcular las probabilidades de que el daño no hubiera tenido lugar de no haber mediado el hecho ilícito. En efecto, últimamente, en Norteamérica, pero también en Europa, ha surgido una escuela jurídica adscrita al «bayesianismo» que propone modelos matemáticos de valoración probatoria basados en algunos aspectos de las fórmulas de BAYES; y tal escuela ha experimentado especialmente con el hecho de la causalidad, tratando de convertir el trance de su acreditación en un procedimiento mecánico, consistente en la aplicación del teorema del reverendo inglés(739).

(738) También en el mercado de los seguros, donde se acude al teorema de Bayes y otros basados en él para el cálculo de las primas o la determinación de las cuotas reasegurables (C. DE FERRA, *De Finetti...*, cit., pp. 194-196).

(739) En los Estados Unidos, por ejemplo, LEMPERT, *Modeling Relevante*, Michigan L. Rev., núm. 75, 1977, pp. 1021 ss.; BROUN/KELLY, *Playing the Percentages and the Law of Evidence*, Illinois L. Rev., 1970, pp. 23 ss.; O. FINKELSTEIN/W. B. FAIRLEY, *A Bayesian Approach to Identification Evidence*, Harvard L. Rev., núm. 83, 1970, pp. 484 ss. En Italia, E. M. CATALANO, *Prova indiziativa, «probabilistic evidence» e modelli matematici di valutazione*, en Riv. dir. Proc., núm. 2, 1996, p. 516. En España han importado esta tendencia en el ámbito de la responsabilidad civil, F. GÓMEZ POMAR (*Carga...*, cit., pp. 7-13) y A. LUNA YERGA (*La prueba...*, cit., p. 293), este último con ciertas precauciones:

«La confusión que provoca la prueba estadística puede ser corregida, al menos en parte, mediante el Teorema de Bayes, por el que los Tribunales del *Common Law* han mostrado un menor rechazo e, incluso, han aprobado su uso en casos determinados (así, por ejemplo, en pruebas de paternidad o en la identificación de personas a través de huellas dactilares)». Se trata de un movimiento cuya propagación se debe, según se ha dicho, al síndrome de que «lo que no puede contarse no existe» y a la creencia de que se ha descubierto finalmente un método «científico» para afrontar el problema de la prueba (M. TARUFFO *La prova...*, cit., p. 181). Ha tenido especial repercusión en el Derecho norteamericano de la responsabilidad civil y, en particular, en la doctrina que adjudica al instituto resarcitorio una función preventiva, que parte de que, para evitar daños futuros, es preciso incentivar a los sujetos, no sólo a

El Teorema, en su versión más sencilla, afirma que la probabilidad de un evento H, dado un evento E, puede determinarse en función de la frecuencia estadística con la que dado H se verifica E y de la probabilidad previamente atribuida al hecho H: $P(H/E) = P(E/H) : P(E/NO-H) \cdot P(H)$ (740).

Estos modelos, entendidos como *modelos normativos* que condicionan la apreciación judicial de los hechos, han recibido numerosas y fundamentadas críticas. Se ha dicho que los teoremas bayesianos, incluso en sus formulaciones más sencillas, pueden resultar incomprensibles y confusos para el juzgador (741); y que, aplicados a situaciones complejas, producen verdadera «indigestión intelectual» (742). Por eso, aunque fuera cierto que el criterio bayesiano racionaliza la actividad probatoria más y mejor que cualquier otro, las dificultades inmanentes a su aplicación producen resultados distorsionantes y, por tanto, necesariamente alejados de la realidad de los hechos.

Además, la calidad de sus soluciones resulta discutible aunque se respeten paso a paso y con todo cuidado cada una de las fases de los procedimientos. Según se dice, la información estadística sigue teniendo en ellos un peso desproporcionado, sobre todo si se tiene en cuenta que tal información no siempre existe y que, aunque la haya, no siempre es fiable (743). A lo que hay que añadir otra razón, ciertamente importante: no tienen en cuenta un elemento fundamental del que necesariamente debe depender un juicio jurídico en torno a la mayor o menor probabili-

través de normas materiales (el que causa un daño, puede estar obligado a repararlo), sino, sobre todo, dándoles cumplimiento a través de un sistema perfeccionado de reglas procesales (cfr. J. S. JOHNSTON, *Bayesian fact-finding and efficiency: toward an economic theory of liability under uncertainty*, Southern California L. Rev., núm. 61, 1987, pp. 137-141). La función preventiva obliga así a fijar un modelo de apreciación del hecho de la causalidad que permita a los sujetos saber *ex ante* la decisión que sobre sus actuaciones adoptaría un juzgador; y los modelos más racionales y precisos son, según se dice, los basados en la teoría de BAYES (*ibidem*, p. 141). Tal vez tuviera razón J. FRANK (*Derecho...*, cit., p. 128) cuando escribía que «[t]al acudir a las matemáticas, en la creencia de que de ese modo podemos desembarazarnos de los efectos de las reacciones individuales, puede significar acaso el temor a lo único, por causa de la imposibilidad de pronosticarlo. La esperanza de eliminar esos efectos por medio de la ciencia, de ser capaces en definitiva de tratarlos como si no existieran a los fines de la predicción, puede ser

una forma de autoengaño inspirado por el temor». Hoy suscribe esta opinión R. JAFFEE, *Of probability...*, cit., pp., pp. 1078 ss.

(740) $P(H/E)$: probabilidad de H, dado un evento E; $P(E/H)$: frecuencia estadística con la que dado H, se da E; $P(E/NO-H)$: frecuencia estadística con la que, sin darse H, se da E; $P(H)$: probabilidad atribuida a H antes de conocer si E se daba. Tomo la fórmula de M. GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, cit., p. 165.

(741) Así, citando una doctrina norteamericana (B. ROBERTSON y G. A. VIGNAUX, *Interpreting Evidence: Evaluating Forensic Science in the Courtroom*, Wiley & Sons Ltd., 1995), M. GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, cit., p. 167, p. 92. En el mismo sentido, M. TARUFFO, *La prova...*, cit., p. 172.

(742) M. GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, cit., p. 167; M. TARUFFO, *La prova...*, cit., pp. 172-173.

(743) M. TARUFFO, *ibidem*, pp. 174-175, 180. Según este autor, objeciones como ésta parecen de por sí suficientes para desmontar desde la base la aplicación del teorema bayesiano a los problemas de prueba (p. 175).

dad de un hecho: el volumen de datos o información manejado. La hipótesis de que un hecho es cierto es tanto más verosímil cuanto mayor sea la cantidad de información que la sustenta; y este sencillo y elemental criterio, proveniente de la lógica y del sentido común, no resulta ponderado en las fórmulas bayesianas(744).

Sin desdeñar la moderada utilidad que pueden tener para la valoración de las pruebas científicas cuando su aplicación no entrañe excesivas dificultades prácticas y se carezca de información individualizada sobre el caso, los autores que han contrastado los resultados que producen cuando se les otorga el rango de *teoría general* de la valoración probatoria, han demostrado, según parece, que carecen de validez epistemológica(745). En efecto, al igual que un uso generalizado de los criterios de la probabilidad matemática o estadística, el de la bayesiana puede producir, según se dice, resultados netamente contraintuitivos por la sobrevaloración e infravaloración de algunos de los elementos que toma en consideración(746). No es de extrañar, por tanto, que tenga más predicamento el modelo que toma como base del juicio de aceptabilidad de los hechos un concepto de probabilidad mucho más cercano al empleado en el lenguaje coloquial y que nada que ver tiene con la de tipo matemática, frecuencial o bayesiano: la probabilidad lógica o inductiva(747).

3.2.4. La probabilidad lógica

3.2.4.1. La probabilidad lógica como criterio general de medición

El conocimiento judicial de los hechos permite sólo conclusiones en términos de probabilidad, pero esta probabilidad no es, salvo en casos excepcionales, la matemática, frecuencial o bayesiana(748). La circuns-

(744) M. GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, cit., p. 178.

(745) *Ibidem*, pp. 167-168.

(746) *Idem*.

(747) Así, M. TARUFFO (*La prova...*, cit., p. 181), después de estudiar con todo detenimiento el planteamiento, dice: «*È quindi lecito concludere che la versione bayesiana del calcolo delle probabilità non fornisce, in nessuna delle sue versioni, una razionalizzazione attendibile delle ipotesi sul fatto*». Por lo demás, el autor analiza y descarta otros modelos de valoración probatoria basados en probabilidades cuantitativas, como el *evidentiary value model*, surgido en Suecia (pp. 181-191). En relación directa con la prueba de la causalidad en el ámbito de la responsabilidad civil, se expresa en este sentido, C. MÜLLER (*La perte...*, cit., pp. 39, 49) al señalar que hay que acudir a un método de probabilidad estimativa y no a un método de proba-

bilidad matemática ni estadística, pues, de éstos, el primero sirve sólo para medir sucesos equiprobables y el segundo sólo para medir sucesos repetibles, siendo aquél el único que sirve para medir *in concreto* el grado de probabilidad de un suceso aisladamente considerado.

(748) M. TARUFFO, *La prova...*, cit., pp. 191-192: «*È infatti evidente che la razionalità non coincide col calcolo matematico, e tanto meno col calcolo probabilistico fondato sul teorema di Bayes o sulle regole del calcolo statistico. Questi tipo di calcolo sono certamente razionali se correttamente applicati (il che, peraltro, non sempre accade nelle loro «versioni probatorie») ma, ovviamente, non si può definire «oggettivo» o «irrazionale» tutto ciò che non si adatta alla loro applicazione o non è riconducibile alle loro condizioni di impiego*». En este sentido, también, M. GASCÓN, *Los hechos...*, cit., p. 173.

tancia de que el cálculo matemático-estadístico no sirva como sistema general de valoración no mitiga la exigencia de encontrar pautas de racionalidad que orienten la actividad judicial sobre los hechos; ni obliga a abandonar el concepto de «probabilidad» para afrontar el problema de su localización(749).

Aceptar como cierta una hipótesis supone, en definitiva, confirmarla a través de las pruebas por el dato de que una y otras están vinculadas por la lógica y el sentido común. Una declaración de hechos probados ha de basarse, por tanto, no en la aplicación de fórmulas matemáticas o en la sacralización de los resultados estadísticos, sino en el razonamiento lógico-inductivo(750). Esta metodología está fuertemente arraigada en Europa y supone calibrar la probabilidad de una hipótesis midiendo su conexión lógica con las pruebas a través de leyes, reglas, criterios o máximas de experiencia(751). El cálculo de probabilidad es, por tanto, el

(749) En este sentido, dice M. GASCÓN ABELLÁN (*Los hechos...*, cit., p. 173): «La constatación de que el conocimiento judicial de hechos tan sólo permite conclusiones en términos de probabilidad no tiene que conducir necesariamente a adoptar modelos de valoración racional basados en la aplicación del cálculo matemático-estadístico».

(750) M. TARUFFO, *La prova...*, cit., p. 199-200.

(751) Fuera de la dogmática de la filosofía del Derecho, lo cierto es que, en Europa, se afirma a menudo implícitamente, por oposición a los métodos matemáticos; y, a su vez, la mayoría de las veces, este rechazo parece obedecer, no a la reflexión en torno a sus riesgos y defectos, sino a la inercia, la tradición o la aversión a los saberes no jurídicos. Así lo entiende M. GASCÓN ABELLÁN (*Los hechos...*, cit., p. 173), que trae a colación las palabras de J. S. RUIZ PÉREZ: «El juez no se mueve sobre materia sujeta a inexorables leyes del cálculo matemático; el camino a recorrer entre la norma general y la solución concreta escapa a una mera operación calculadora, interponiéndose algo tan heterogéneo como la apreciación del sujeto en todos sus matices o facetas y la propia personalidad del juez» (*Juez y Sociedad*, Ágora, Málaga, 1981, p. 43). En todo caso, la mayor parte de los autores que han intentado racionalizar la incertidumbre que caracteriza la valoración judicial de las pruebas ha cultivado la noción de la probabilidad lógica que, por lo demás, arraiga en el pensamiento de BACON y conforma el contenido que habitualmente se da al «sentido común» y al uso corriente del término probabilidad (M. TA-

RUFFO, *La prova...*, cit., pp. 199-200). El uso común de los términos «probabilidad» y «probable» se corresponde con los habituales «posibilidad», «posible», «presumibilidad», «presumible» o «verosímil». El *Diccionario de la Real Academia de la Lengua* (21ª ed.) dice que «probable» es aquello de lo que «hay buenas razones para creer que se verificará o sucederá» y este es el sentido que se maneja al apreciar en el proceso que un hecho es cierto cuando es suficientemente probable. La apreciación del hecho de la causalidad, en particular, se basa en la afirmación de que «es suficientemente probable que el agente causara el daño», y este enunciado no difiere de los que con tanta frecuencia se emplea en el lenguaje coloquial: «es improbable que este equipo gane el partido de fútbol» o «es muy probable que esa tienda haya cerrado el pasado domingo». Es la idea que expresa K. R. POPPER cuando escribe que «cualquier persona entiende lo que significa “verdad” mientras no comience a pensar (erróneamente) sobre ella» (*Búsqueda...*, cit., p. 228). Partiendo de consideraciones de este tipo, el autor que ha desarrollado un modelo general de valoración probatoria basado en la probabilidad lógica o (según su denominación) baconiana, ha sido Jonathan COHEN, *The Probable and the Provable*, Oxford Univ. Press, Oxford, 1977. Su estudio ha impulsado la aparición de una relevante dogmática en torno a la valoración de la prueba en Italia (M. TARUFFO, *La prova...*, cit., pp. 143 ss.; L. FERRAJOLI, *Derecho...*, cit., pp. 33-90), España (M. GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, cit., pp. 173 ss.; J. FERRER BELTRÁN, *Prueba...*, cit., pp. 43 ss.; D. GONZÁLEZ LAGIER,

análisis inductivo aproximado o estimativo de la vinculación lógica entre el hecho y las pruebas para determinar la medida en que aquél resulta confirmado por éstas(752). Conforme a este modelo de valoración probatoria, tanto más probable resulta una hipótesis cuanto mayor sea su unión lógica con los datos disponibles.

El grado de probabilidad aumenta o disminuye en función de una serie de factores que pueden exponerse resumidamente de la siguiente manera(753): (a) *la fiabilidad de las reglas o máximas de experiencia manejadas*: tanto mayor es la probabilidad de un hecho cuanto más fiables son las leyes o máximas empleadas o, dicho de otro modo, «el grado de probabilidad de una hipótesis es directamente proporcional al fundamento y al grado de probabilidad expresado por las regularidades o máximas de experiencia usadas en la confirmación»; (b) *la fiabilidad de las informaciones o pruebas utilizadas*: tanto mayor es la probabilidad de un hecho cuanto mayor es el grado de fiabilidad o certeza de las pruebas recabadas o, más concretamente, «la probabilidad de una hipótesis es tendencialmente mayor cuando viene confirmada por constataciones [que son el resultado de prueba directa u observacional] o conclusiones [obtenidas por prueba deductiva, como sucede con muchas de las científicas, p. ej. ADN] que cuando viene confirmada por hipótesis [hallada a través de prueba indirecta o inductiva]»; (c) *la cantidad y variedad de informaciones*: un hecho es tanto más verosímil o probable cuanto mayor es el número y la diversidad de los datos que lo sustentan o, lo que es lo mismo, tanto mayor es el grado de probabilidad de una hipótesis cuantas mayor es la cantidad y variedad de pruebas que la confirman; (d) *el número de pasos inferenciales que separan la hipótesis de las pruebas*: tanto mayor es la probabilidad de una hipótesis cuanto menor es el número de pasos inferenciales entre tales hipótesis y las pruebas que la confirman o, más claramente, la probabilidad de un hecho «es menor cuanto mayor sea el número de pasos que componen el procedimiento probatorio que conduce a su confirmación»; (e) *el número de hipótesis alternativas posibles y su grado de probabilidad*: tanto mayor es la probabilidad de una hipótesis cuanto menores sean el número y el grado de verosimilitud de los hechos que podrían refutarla.

Hechos..., cit., pp. 39 ss.; I. COLOMER HERNÁNDEZ, *La motivación...*, cit., pp. 198-241) y Argentina (N. GUZMÁN, *La verdad...*, cit.). Pero sería injusto no mencionar las aportaciones de L. MUÑOZ SABATÉ (*Técnica probatoria...*, cit., pp. 55-67), que adelantó en España ya en los años sesenta la noción de probabilidad lógica como vehículo de fijación en el proceso de los hechos controvertidos.

(752) En esta línea parece situarse nuestro Tribunal Supremo cuando identifica las reglas de la sana crítica con «las más elementales directrices de la lógica humana», «normas racionales», «sentido común», «normas de la lógica elemental», «logos de lo razonable», «criterio humano», «razonamiento lógico», «lógica

plena», «criterio lógico» o «raciocinio humano» (tomo el elenco del estudio del magistrado A. ILLESCAS RUS, *Práctica...*, cit., pp. 293-294, con multitud de referencias jurisprudenciales). Es, por lo demás, el criterio seguido en el ámbito del procedimiento administrativo, según señala C. BARRERO RODRÍGUEZ en su libro sobre *La prueba en el procedimiento administrativo* (cit., pp. 261-262).

(753) La exposición que sigue es una simplificación de la más amplia de M. GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, cit., pp. 178-187. Sobre estos criterios de valoración, también D. GONZÁLEZ LAGIER, *Hechos...*, cit., pp. 45-55.

La averiguación de si concurre o no el nexo de causalidad natural implica, conforme a este planteamiento, realizar y motivar un juicio de aceptabilidad que mide el nivel de correspondencia de la hipótesis del hecho causal con la realidad objetiva relacionando las reglas de la experiencia con las pruebas a través de pautas provenientes, por lo general, de la lógica inductiva; y que concluye positivamente cuando arroja el resultado de que la probabilidad de que la víctima no hubiera sufrido el daño era alta (80%), conforme al estándar ordinario propio del Derecho español (*id quod plerumque accidit*). La labor jurisdiccional no es, pues, (casi nunca) resolver problemas matemáticos, pero cumple una función crítico-valorativa que, conforme a la metodología expuesta, obliga a huir de puros criterios de equidad que sirvan como refugio de comodidad para no afrontar dificultades superables.

El recurso a la equidad, a la intuición o a la íntima convicción se corresponde con la posición que, en torno al problema del conocimiento, han defendido los filósofos subjetivistas. Frente a ésta, POPPER ha subrayado que «[n]ingún enunciado es verdadero, ni ninguna inferencia es válida, justamente porque sentimos (no importa cuán profundamente) que lo es. Puede admitirse sin duda que nuestro intelecto, o nuestra facultad de razonar o juzgar (o cualquier otra cosa que pueda llamársela), está de tal modo adaptado que, bajo circunstancias ordinarias, podemos aceptar o juzgar, o creer, lo que es verdadero; en gran parte, sin duda, porque llevamos incorporadas ciertas disposiciones para verificar las cosas de una manera crítica. Sin embargo, las ilusiones ópticas, por tomar un ejemplo comparativamente simple, muestran que no podemos confiar demasiado en nuestra intuición, aun en el caso de que tome una forma semejante, en cierta manera, a la compulsión. El que podamos explicar tales sentimientos subjetivos o intuiciones como el resultado de presentarse con verdad o validez, y de haber estado sometidos a algunos de nuestros chequeos críticos normales, no nos autoriza a dar la vuelta a la cuestión y decir: este enunciado es verdadero o esta inferencia es válida porque yo lo creo, o porque me veo obligado a creerlo, o porque es autoevidente, o porque lo opuesto es autoevidente» (754). Lo decisivo es el «método crítico» o la «creencia racional, si es que puede decirse que tal cosa exista», que consisten en «dar preferencia a lo que es preferible a la luz de argumentos críticos» (755). Pero esto no es, en realidad, «una cuestión de creencia, sino una cuestión de argumentación y del estado objetivo del debate crítico» (756). Según FERRAJOLI (757), cuando en el mundo del Derecho se renuncia a la utilización del método racional con que hallar «anclajes empíricos precisos» y se enfatiza el «carácter subjetivo del juicio» para basarlo en «valoraciones, diagnósticos o sospechas subjetivas antes que en pruebas de hecho» se realiza un modelo jurisdiccional «autoritario» y «decisionista» que «degrada la verdad procesal de la verdad empírica, pública e intersubjetivamente controlable, a convencimiento íntimamente subjetivo y, por tanto, irrefutable del juzgador» (758).

(754) *Búsqueda...*, cit., p. 231.

(755) *Ibidem*, p. 232.

(756) *Idem*.

(757) *Derecho y razón...*, cit., pp. 44-45.

(758) Expresivo en este sentido es el sí-

mil de F. CARNELUTTI (*Teoría general...*, cit., pp. 371-372), según el cual la realidad a la que ha de referirse la prueba es como el oro, demasiado noble para circular puro entre los hombres, por lo que necesita una

Es el planteamiento que, en relación con la prueba del nexo causal en casos de responsabilidad civil, expresan HART y HONORÉ(759) al señalar que el sentido común no es una noción inexplicable que abra la puerta a la arbitrariedad, sino un concepto que remite a la aplicación de reglas y principios, hasta cierto punto estables, con que apreciar la causalidad; y HE-NAO(760), refiriéndose específicamente a la responsabilidad civil de las Administraciones públicas, cuando afirma que «[e]l problema que se plantea (...) es el de realizar una correcta valoración de los elementos con que cuenta el juez, y allí es donde reside la garantía para la víctima, en el sentido de no permitirse una arbitrariedad en el pensamiento judicial»(761).

En el Derecho español, los ya muy numerosos estudios de responsabilidad civil no suelen analizar los criterios con que el juez ha de apreciar que la hipótesis de que haya causalidad se presenta como «suficientemente probable». Se vuelcan normalmente en la búsqueda y análisis de los criterios con que negar la responsabilidad civil cuando ha quedado acreditada la causalidad física (teoría de la causalidad jurídica o de la imputación objetiva); pero no en determinar los criterios con que apreciar que esta misma es suficientemente probable (teoría de la causalidad física y su prueba). No obstante, los autores parecen conscientes del problema que entraña la prueba del nexo causal y, en la mayor parte de sus trabajos, circulan un conjunto (poco articulado) de opiniones, ideas o exposiciones cuyo sustrato común es el reclamo a la probabilidad, entendida más (en sentido vulgar) como creencia que (en sentido matemático-estadístico) como frecuencia; y el deseo de que su cálculo, meramente estimativo y aproximado, esté guiado por alguna pauta de racionalidad(762).

Todos ellos parten, explícita o implícitamente, del rechazo de los modelos de valoración matemático-estadísticos; y muchos de ellos repudian también la actitud de resignación y abandono a la completa e incontrolable libertad del juzgador(763). La mayor parte deja sólo entrever las pautas de

aleación en la moneda con otro metal. Pero el juez ha de intentar que sus sentencias posean, como el oro fino, realidad de dieciocho quilates.

(759) *Causation...*, cit., p. 24.

(760) *El daño...*, cit., p. 164.

(761) En este orden de ideas, dice C. MÜLLER, que todos los juicios probabilísticos, son necesariamente subjetivos, pues todos emanan de un sujeto pensante que trata de medir la realidad. Pero la subjetividad intrínseca de la evaluación no oculta que el objeto medido existe objetivamente. La objetividad intrínseca de las probabilidades es la que obliga a que los intentos de evaluarlas, aunque necesariamente subjetivos e imperfectos, deban inspirarse en criterios de racionalidad. Por eso, por su irracionalidad, no son de recibo las evaluaciones formuladas atendiendo única-

mente a la intuición o al sentimiento (*La perte...*, cit., pp. 45-46).

(762) Algo parecido ha ocurrido en el Derecho italiano, donde, sin embargo, la explícita aceptación jurisprudencial de la probabilidad lógica como instrumento para el *accertamento* del nexo causal (sentencia de la Casación civil [Secc. 3ª] 4400/2004, de 4 de marzo), ha suscitado un interesante debate sobre la cuestión. Cfr. L. NOCCO, *La «probabilità logica» del nesso causale approda in sede civile*, *Danno resp.*, 1/2005, pp. 57-61.

(763) Así, por ejemplo, A. LUNA YERGA (*La prueba...*, cit., p. 290), partiendo de una doctrina norteamericana (C. TAPPER, *Cross and Tapper on Evidence*, 8ª ed., London/Dublín/Edinburg, Butterworths, 1995, pp. 172-173), señala que «conviene tener presente que la mera probabilidad estadística

racionalidad que estima aconsejables a través de la exposición crítica de casos, sin la ambición de aportar un elenco detallado. Los hay que se inclinan por la abstracción, pero formulan de esta manera sólo uno o dos criterios. Otros afirman concienzudamente la necesidad de evaluaciones estimativas nacidas de la consideración conjunta de todas las informaciones llevadas al proceso, pero sin afirmación explícita de los concretos criterios con que cumplir ese objetivo. En fin, hay un cúmulo de exposiciones que, aunque inorgánico, puede reconducirse a un modelo común de valoración judicial del hecho de la causalidad; un modelo basado en la probabilidad, pero no en la de carácter matemático-estadístico, que le es completamente ajena, sino en la de carácter lógico o inductivo(764).

de la existencia de un determinado hecho no implica un grado equivalente de convicción del juzgador» y que «es necesario distinguir entre el sentido matemático o estadístico y el sentido literal del concepto de probabilidad». Por su parte, I. DE CUEVILLAS MATOZZI (*La relación...*, cit., p. 104) niega que la causalidad deba establecerse con certeza matemática e invoca las reglas de la experiencia y las convicciones aceptadas por la generalidad como criterios de valoración.

(764) R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ ha escrito que «situar la relación de causalidad en un plano de probabilidad significa que los tribunales deben responder de elementos de juicio (ordinario extraídos de las ciencias de la Naturaleza) sobre lo que es probable o no (...) cabe la condena del demandado —considerándose por tanto que la relación de causalidad se ha probado— cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un *grado suficiente de probabilidad*, sobre todo cuando es una probabilidad próxima a la certeza, o simplemente, una *alta probabilidad*». Este sistema no es «ninguna panacea», pues «pesa sobre este procedimiento toda la relatividad propia de verdades científicas sujetas a discrepancias, y por eso mismo, en continua evolución». Por su parte, VON WICHMANN ROVIRA (*La responsabilidad...*, cit., pp. 1038-1039), suscribiendo la posición del civilista mencionado, considera que «la certeza de la relación de causalidad está íntimamente ligada a los llamados *juicios de probabilidad*, pues (...) supone un proceso abstracto consistente en determinar *ex post facto* la posibilidad de un resultado en función de las condiciones precedentes del caso concreto». En esta línea se sitúan también autores que, al referirse a la responsabilidad por daños al medio ambiente, señalan que el juez puede contentarse con la mera probabilidad, tratando de explicar cuándo existe a través de

la jurisprudencia (L. GOMIS CATALÁ, *Responsabilidad por daños al Medio Ambiente*, Aranzadi, 1998, pp. 164-173; N. ÁLVAREZ LATA, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Capítulo XX, en AAVV, *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord. F. REGLERO CAMPOS, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 1729-1734). También se refiere al necesario «juicio de probabilidad», sin especificar sus criterios, pero claramente alejado de una concepción matemático-estadística del mismo, F. REGLERO CAMPOS (*El nexo...*, cit., p. 339). El profesor YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema...*, cit., p. 215) constata la tendencia a concebir la prueba del nexo causa como la demostración de una «razonable» certeza y plantea la pregunta: «¿qué índice de probabilidad marca la razonable probabilidad?» En relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, DE AHUMADA RAMOS (*La responsabilidad...*, cit., pp. 234-235) no habla de probabilidades, pero sí de la necesidad, por un lado, de que no se exija la absoluta certeza y de que en «el relato fáctico, respecto del cual cada parte habrá de probar (...) aquello que alega en favor de su pretensión, hay que añadir la ponderación jurídica que acredite la lesión en sentido estricto y, simultáneamente, el nexo de causalidad entre aquella y la Administración». Por su parte, MIR PUIGPELAT (*La responsabilidad... causalidad*, nota 346, p. 237) se sitúa en esta línea al señalar que el grado de certeza exigido para tener por cierto el hecho de la causalidad es inferior en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual (de la Administración y de los particulares) que en el de la responsabilidad penal; y que ese grado puede rebajarse ante dificultados probatorios propios del ámbito sanitario. En la jurisprudencia, expresa este tipo de ideas, de forma particularmente clara, la STS, Sala 3ª, 25 de octubre de 1989 (RJ 1989, 7243) en relación

3.2.4.2. La compatibilidad del cálculo lógico-inductivo con la expresión numérica de las probabilidades calculadas

Resulta aconsejable que las probabilidades de causalidad, aunque se calculen lógicamente, se enuncien a través de porcentajes. La expresión numérica de las probabilidades no constituye una concesión a los delirios de las ciencias exactas, sino una forma plástica y operativa —que no puede ser absolutamente precisa ni es imprescindible que lo sea— con la que exponer el resultado de las mediciones aproximativas que deben efectuarse de acuerdo con las reglas de la sana crítica y el material probatorio; mediciones que, salvo en casos excepcionales, no se basan en las matemáticas ni en la estadística, pero sí en la lógica inductiva(765). El sentido común no puede cuantificarse estrictamente, pero, su concreción estimativa en términos numéricos simplifica la expresión de nociones vagas y aporta un instrumento útil para decidir racionalmente (razonablemente) si se satisfacen o no los estándares de probabilidad(766).

Además, se admite con frecuencia la utilización de porcentajes en el ámbito de la responsabilidad civil. Así, cuando el juez fija las respectivas cuotas de aportación causal del agente dañoso y de la víctima en la producción del daño, al objeto de que el resarcimiento debido por el primero corresponda a un porcentaje del importe total del daño(767). También cuando el juez precisa las cuotas ideales de aportación causal

con la responsabilidad de la Administración por los daños sufridos por un automovilista, cuyo vehículo cayó por un barranco al derrapar con la gravilla existente en la carretera, señaló que, aunque el único testigo del accidente fue la propia víctima, «en casos como el presente puede ser del todo punto imposible llegar al convencimiento absoluto de cuál fue la causa del trágico accidente ya que el único testigo de lo ocurrido fue, hasta donde sabemos, el propio interesado; pero ello no puede erigirse en obstáculo insalvable si la Sala llega, al menos, al convencimiento moral, aplicando las reglas de la sana crítica, de la verdad sobre la causa del accidente».

(765) Esta posición es, según parece, la del Consejo de Estado italiano, que recurre al porcentaje para expresar grados de probabilidad, pero reconoce que no tienen un «valor absoluto» (sentencia, Secc. VI, de 31 de marzo de 2006).

(766) Se ha referido a la imposibilidad de reducir el sentido común a porcentajes M. TARUFFO, *La prova...*, cit., pp. 193-194. También L. MUÑOZ SABATÉ (*Técnicas probatorias...*, cit., p. 65), al señalar que «en el campo de las ciencias del espíritu, la probabilidad no puede reducirse a ningún género de cifras y sólo podemos concluir ar-

guyendo que el juez se halla en cada caso *más o menos* convencido de una afirmación controvertida, lo cual es lo mismo que aducir que se halla correlativamente *menos o más* convencido de la afirmación opuesta». No obstante, señala este autor, citando a LOEVINGER, que «aunque es cierto que cualquier expresión cuantitativa podría ser algo desorientadora, al no estar todavía disponible una medición cuantitativa de la prueba, sin embargo, las expresiones cuantitativas tendrían por lo menos una gran virtud al conferir un significado común al lenguaje aplicado en uno y otro caso, y de un tiempo a otro. Las frases ahora usadas por los tribunales para expresar el grado de probabilidad que debe existir en diferentes categorías de casos son tan diferentes y vagas que no resulta claro que dos tribunales se refieran a lo mismo cuando emplean la misma frase». Concluye el autor que «[s]emejantes equivalentes numéricos proporcionarían una ayuda relativamente escasa en la ponderación de la prueba en un caso particular, pero serían útiles para comparar los puntos de vista de tribunales diferentes en el extremo relativo al grado de prueba que se exige en las distintas clases de casos».

(767) *Vid.* Cap. I, ap. III.3.2.1.

de los agentes dañosos concurrentes, con el fin de definir, dentro del ámbito de la solidaridad pasiva, el alcance del derecho de repetición que tiene quien se ha hecho cargo de la indemnización total(768). Por lo demás, la traducción numérica de las probabilidades lógicas (necesariamente aproximativa o estimativa, insisto) es una exigencia insoslayable de la doctrina de la oportunidad perdida (y de la de la causa anónima), pues la reclama para cuantificar la indemnización: se halla restando del valor total del daño la parte proporcional a las posibilidades de que el hecho ilícito no provocara la lesión(769). Así, pues, una cosa es la expresión de la probabilidad, que puede ser numérica, y otra bien distinta su cálculo, que ha de ser, con carácter general, lógico a la vez que aproximado y sólo excepcionalmente estadístico o matemático.

Evidentemente, las reglas del razonamiento lógico no agotan, ni muchísimo menos, la discrecionalidad, ni objetivan radicalmente el que-hacer judicial, pues no convierten el cometido de la valoración fáctica en una mecánica exenta de subjetividad que arroja los hechos que han de tenerse por ciertos(770). Con ellas siguen sin definirse con extrema nitidez los difusos perfiles que separan la causalidad acreditada de la causalidad indemostrada; y no brindan fórmulas mágicas que resuelvan siempre las dudas e inseguridades con las que inevitablemente ha de lidiar el juzgador. Sin embargo, tales reglas aportan ingredientes de racionalidad que expuestos sistemáticamente, sin ser nuevos, deben ponerse al servicio del operador jurídico, ayudándole a discriminar dónde hay una causalidad suficientemente probable y dónde no. La incertidumbre no puede ser sinónimo de desorden o irracionalidad(771).

En este orden de ideas, hay que ser conscientes de que hablar de *chances* es introducirse en un territorio de frontera, en el nebuloso espacio situado entre lo cierto y lo incierto, lo seguro y lo hipotético, lo probable y lo posible; un confín que, sin embargo, el Derecho obliga a transitar (prohibición del *non liquet*), porque hay que optar por la hipótesis de que hay causalidad o por la de que no la hay, pudiéndose entonces aplicar, si se acepta y si procede, la doctrina de la oportunidad perdida. Los conflictos se plantean y hay que resolverlos, aunque para ello haya que aproximarse a los misterios del conocimiento empírico. Por esto, porque en buena medida el objeto de esta investigación es una cuestión

(768) Cfr. Cap. I, ap. III.3.2.2.

(769) Vid. Cap. I, aps. III.3.1 y III.3.2.4.

(770) Expresivas son, en este sentido, las palabras de F. CARNELUTTI, *Teoría general...*, cit., p. 371: «La verdad es que por perfeccionado que sea el mecanismo de la manifestación, en el camino se pierde alguna partícula de realidad: mínima si el hecho está presente; pequeña todavía si cabe emplear la prueba directa; mayor con la prueba indirecta; más grande todavía con

la prueba legal; máxima con el título legal o con la carga de la prueba».

(771) Así, M. TARUFFO (*La prova...*, cit., p. 203) quien señala que la teoría de la probabilidad inductiva no hace sino reformular nociones que, de manera más o menos confusa, forman parte del ideario del jurista dedicado a cuestiones probatorias, pero que, al presentarse racionalizadamente, pueden ser más operativas.

de matiz, no puede desdeñarse la importancia del elenco de criterios que aporta la lógica y el sentido común, por más que sólo a través de la subjetividad del juzgador puedan ponerse al servicio de una determinación racional de lo que es suficientemente probable y de lo que no lo es; o, en lo que aquí más interesa específicamente, de lo que constituye una hipótesis de pérdida de *chance* y de lo que no puede reputarse como tal.

3.3. *Las reglas de cierre o clausura: el principio tendencial «pro damnato» y la carga de la prueba*

Ocurre a veces que, al final del juicio de aceptabilidad, ninguna de las hipótesis manejadas está dotada de una probabilidad suficiente, sin que pueda discriminarse, por tanto, la que parece corresponderse en mayor medida con la verdad o realidad de las cosas. La actividad valorativa o el cálculo de probabilidades conduce entonces a la incertidumbre, en el sentido de que el resultado de relacionar lógicamente el material probatorio con reglas y máximas de experiencia no permite tener por acreditado o indemostrado el hecho de que se trate. Resulta que, incluso en estos casos, el juzgador está obligado a pronunciarse sobre los hechos controvertidos en virtud de la prohibición del *non liquet*, recogida en los artículos 1.7 CC(772) y 11.3 LOPJ(773).

Para aliviar la tensión entre la imposibilidad de valorar los hechos y la necesidad de hacerlo, el ordenamiento jurídico proporciona reglas de cierre o clausura que indican la hipótesis a favor de la cual es preciso pronunciarse. Son reglas probatorias impuestas por el Derecho procesal o la institución jurídico-sustantiva de que se trate (generalmente vestidas con los términos latinos *in dubio pro, favor o contra*) que, en rigor, no realizan una valoración probatoria, pero que inciden sobre ella, decidiéndola cuando ésta es ambigua o confusa(774).

Dentro del concreto ámbito del Derecho de daños opera en este sentido el principio tendencial *in dubio pro damnato* (también: *pro hostia, pro vulnerato, pro victima, pro laeso* o, en su caso, *pro infirmo*)(775). Podría

(772) El artículo establece: «Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido».

(773) El precepto señala: «Los juzgados y tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las Leyes».

(774) M. GASCÓN ABELLÁN (*Los hechos...*, cit., pp. 185-186) se refiere a estas reglas como reglas de cierre y de clausura, men-

cionando entre ellas el principio penal *pro reo* y la carga de la prueba.

(775) Salvo error, el primer autor español que utilizó la expresión *pro damnato* fue L. Díez PICAZO en *Estudios sobre la jurisprudencia civil* (vol. 1º, Tecnos, Madrid, 1966, p. 704), quien, siguiendo a G. VINEY (*De la responsabilité personnelle à la répartition des risques*, Arch. Ph. Dr., t. 22, 1977, p. 6) se refirió al «principio» en *La responsabilidad civil hoy* (en *Conferencias sobre el seguro de responsabilidad civil*, Publics. Univ. Deusto, Bilbao, 1979, p. 17). Doctrinalmente, ese principio ha sido calificado como «tendencial» y desarrollado en el campo probatorio («apre-

entenderse, conforme a este principio, que las dudas planteadas en el juicio de aceptabilidad sobre el hecho causal deben resolverse a favor de la víctima, exactamente al contrario que en la responsabilidad penal, donde rige el *pro reo*. Tal cosa significaría que, una vez representado el curso de los acontecimientos, cuando el juez vacila en cuanto a si concurre el nexo causal porque no puede concretar lógicamente si la probabilidad era suficiente, habría de resolver como si lo fuera, declarando que el hecho ilícito provocó el daño. El principio *in dubio pro lesa* podría así cumplir una función trascendental en las numerosas situaciones de incertidumbre fáctica con que se encuentra el juez que tiene que resolver pleitos de responsabilidad civil. Lo cierto es, sin embargo, que, pese a que parece ya afianzado en nuestro Derecho(776), ni la doctrina ni la

ciación de la prueba en beneficio del más débil») y fuera de él, como principio modulador del instituto resarcitorio («rigor interpretativo en beneficio del perjudicado»), por S. CAVANILLAS MÚGICA, en *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia* (Aranzadi, Pamplona, 1987, pp. 22-25). El autor lo estudió después con mayor detenimiento, junto con TAPIA FERNÁNDEZ, en *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual* (Ceura, Madrid, 1992, pp. 141-145), donde perfila su significación como regla de cierre: «no debe servir para dictar resoluciones favorables a la víctima que se basen en la pura equidad –por no decir caridad–, eludiendo con ello un estudio en profundidad de los presupuestos de la responsabilidad desde el punto de vista del agente del daño (...). Por ello, el principio *pro damnato*, como el resto de los «favores», sólo debe ser empleado después de agotar las posibilidades de obtener, en relación a los hechos enjuiciados, el espíritu y finalidad de la concreta disposición afectada» (p. 144). Por su parte, la profesora María MEDINA ALCOZ (*La culpa...*, cit., pp. 40-41) considera que dentro del Derecho de daños se ha configurado el principio tendencial *pro damnato*; y que tal circunstancia explica, junto con otros factores, la creciente atención doctrinal que suscitan los temas de responsabilidad civil. Como CAVANILLAS, la autora ha intentado perfilar su contenido y virtualidad y, en este sentido, ha escrito que «no constituye un verdadero principio general del Derecho» porque su función no es estrictamente normativa: «únicamente permite escoger entre posibles soluciones distintas, pero no colmar una laguna; su campo privativo de aplicación es el de las *res dubiae*». En relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas,

particularmente en casos de ejercicio lesivo de una potestad discrecional, me he referido a él en *La responsabilidad...*, cit., pp. 396, 310; y, en Italia, parece hacerlo también G. DUNI: «*nel giudizio equitativo gli aspetti ignoti vanno apprezzati, sempre sul piano probabilistico, in modo più favorevole a colui che si presenta meritevole di maggior tutela*». (*Lo Stato...*, cit., p. 482). Por lo demás, A. M. HONORÉ (*Causation and remoteness...*, cit., p. 76) ha constatado una tendencia general dentro de la jurisprudencia de los diferentes Estados a favorecer a la víctima en detrimento del agente dañoso ante las dudas que afectan al nexo causal: «*Any uncertainty in the matter should usually be resolved against the tortfeasor*».

(776) S. CAVANILLAS MÚGICA (junto con TAPIA FERNÁNDEZ, *La concurrencia...*, cit., pp. 142-143) ha encontrado un «triple fundamento, jurisprudencial, legal y social» para afirmar la existencia del principio *pro damnato*, al que cabría añadir un cuarto: su propia doctrina y la de los que le han seguido. En cuanto a la jurisprudencia, invoca las SSTs de 22 de abril de 1980, Ar. 1529, que se refiere a «una exigencia de responsabilidad en aras de un principio de humana solidaridad que tiende a evitar tanto la situación de desamparo de los perjudicados, como a cumplir el imperativo ético de no dejar sin reparación efectiva el daño causado más o menos culpablemente»; 27 de mayo de 1982 (RJ 1982, 2603), 4 de octubre de 1982 (RJ 1982, 5538), 25 de abril de 1983 (RJ 1983, 2123), 8 de julio de 1983 (RJ 1983, 2123), 12 de diciembre de 1984 (R 1984, 6039), que reconocen la existencia de «un rigor interpretativo que en beneficio del perjudicado impone la presente realidad social y técnica»; 6 de mayo de 1983 (RJ 1983, 3670), que dice que «ha de buscarse perquiriéndolo con acucioso celo

jurisprudencia se han hecho eco de la virtualidad que podría tener como regla final probatoria ante la incertidumbre *causal*; virtualidad ésta que tiene indubitadamente reconocida su contrario, el *pro reo*, dentro de la responsabilidad penal, donde viene insistentemente utilizado para solucionar supuestos controvertidos de causalidad(777).

Mayor eco tiene, en cambio, la regla de cierre que establece con carácter general el Derecho procesal y que, proyectada sobre la responsabilidad civil, inclina la balanza de similar manera que el *pro reo* en asuntos criminales: en contra de la víctima, a favor del agente dañoso. Me refiero a la carga de la prueba, regulada en el artículo 217 LECiv(778). Con-

cuan to conduzca a la reparación del máximo daño causado a personas que unánimemente se proclama como inocente»; 5 de julio de 1989, que discurre en torno a «la misma evolución de los tiempos, en pos de robustecer más el principio de que, en lo posible, se impidiera que ningún dañado quedara indemne con la adecuada tutela efectiva judicial -art. 24 CE- o, en otras palabras, que ante la producción de un daño debía, a toda costa, encontrarse la persona responsable». En relación con el basamento normativo, observa que «el desarrollo legislativo de los últimos treinta años ha tendido, de forma casi uniforme, a aumentar el grado de protección de las víctimas»; que «[l]a concurrencia de leyes en el tiempo, resuelta conforme al principio de que la ley posterior deroga a la anterior, confirma la preferencia de la norma más favorable a la víctima, que, en virtud de la mencionada progresión legislativa protectora, es casi siempre la última»; y «que la voluntad de favorecer la situación de las víctimas se hace explícita en algunas leyes». En relación con las razones de carácter social que explican el surgimiento y consolidación del principio *pro damnato*, señala el autor que «[h]oy por hoy y mientras no se generalice la concepción ultraliberal que se vislumbra en el horizonte de las ideologías, gozan de preeminencia, en el sentir social, los valores relativos a la protección de la vida e integridad personal, así como las de ciertos bienes esenciales».

(777) En doctrina, parece que es más clara su virtualidad como criterio final de decisión ante dudas interpretativas, en relación con las normas, más que ante dudas valorativas, en relación con los hechos. Así por ejemplo, en M. MEDINA ALCOZ, *La culpa...*, cit., pp. 40-41. Por otra parte, S. CAVALLAS MÚGICA (*La concurrencia...*, cit., pp. 141-144) da por sentado su virtualidad como regla probatoria, pero al hacerlo, pa-

rece estar pensando más en el problema de demostrar la culpa que en el de acreditar la causalidad. No obstante, V. MÚRTULA LA FUENTE (*La responsabilidad...*, cit., p. 293) ha invocado el principio *pro damnato* como criterio resolutorio de las dudas que afectan a la existencia del nexo causal.

(778) La noción de «carga de la prueba» encierra una variedad de contenidos. Aquí nos referimos a la carga de la prueba entendida como regla de juicio en caso de duda. Se trata de la denominada «carga de la certeza o la carga objetiva (material) de la prueba», que «prescinde de toda actividad de las partes emprendida con el fin de hacer constar los hechos discutidos; con respecto a esta carga, sólo interesa saber cuáles son los hechos que deben constar para que se consiga la finalidad anhelada del proceso; además, aquélla determina las consecuencias de la incertidumbre acerca de un hecho, sin que importe la circunstancia de que una u otra de las partes, o las dos, o el tribunal, se han preocupado en el sentido de hacerlo constar (...). Pero ¿en qué consiste este gravamen que pesa sobre la parte cargada? No consiste en nada más que en el rechazo de su petición fundada en una norma que debería aplicarse pero que no es aplicable porque no constan sus características definitorias de hecho, es decir, en el rechazo de la demanda por inadmisión» (L. RSENBERG *La carga de la prueba*, trad. E. Krotoschin 3ª ed. alemana, Ed. Jur. Eur.-Amer., Buenos Aires, 1956, pp. 21, 23). Así entendida, la carga de la prueba está regulada en el artículo 217 LECiv: «1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimarán las pretensiones del actor o del reconveniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.

forme a ésta, ante una variedad de hipótesis posibles resultantes de un juicio de aceptabilidad no concluyente, hay que seleccionar la que favorece al demandado, que, en reclamaciones indemnizatorias, es, naturalmente, el agente (posiblemente) dañoso. La doctrina y la jurisprudencia parten unánimemente de la aplicabilidad de esta regla en supuestos de responsabilidad civil. Sin embargo, en relación con la causalidad, tratan, sobre todo la primera, de mitigar sus efectos apelando a un principio general de facilidad probatoria [recogido en el apartado 6 del artículo 217 LECiv(779)], conforme al cual, llega, incluso, a invertirse su sentido (*relevatio ab onere probandi*), dando lugar a que, en algunos supuestos problemáticos, especialmente los que plantean las profesiones médicas y legales, se opte por la solución favorable al perjudicado(780). Ante la incertidumbre causal, para justificar el juego de una regla final que favorezca a la víctima, podría resultar quizá más convincente y sencillo invocar directamente el principio tendencial *pro damnato*, como regla especial que impone el sistema de responsabilidad civil, antes que afirmar en un primer momento la operatividad del criterio contrario *ex* artículo 217 LECiv y negarlo después, preconizando la inversión de la carga de la prueba. Desde esta óptica, se lograría la solución buscada, pero haciendo valer, simplemente, una regla que, por ser especial del Derecho de la responsabilidad, sería de aplicación preferente a la de carácter general,

2 Corresponde al actor y al demandado reconveniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción.» De esta forma, la Ley se refiere a un contenido o perfil de la denominada carga de la prueba que, aunque unánimemente aceptado, no explicitaba la regulación, ya derogada, del Código Civil. El artículo 1214 CC establecía simplemente que «[i]ncumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone». Vide el comentario a este artículo de V. CORTÉS DOMÍNGUEZ (en AAVV, *Comentario del Código civil*, dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, L. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ y P. SALVADOR CODERCH, t. II, Min. Just., Madrid, 1991, pp. 319-324); y J. MONTORO AROCA, *La prueba...*, cit., pp. 57-68.

(779) Este apartado establece: «Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.» De esta manera la Ley ha positivizado un principio generalmente aceptado tanto en doctrina como en jurisprudencia. Vide V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Comentario al artículo 1214 CC*, cit., pp. 322-324.

(780) Es la postura que hace tiempo explicó el comparatista A. M. HONORÉ (*Causation and remoteness...*, cit., pp. 76, 148), al señalar que ante la incertidumbres los ordenamientos de los diversos Estados tienden a afirmar la concurrencia del lazo causal, dando cuenta de los planteamientos favorables a invertir el juego normal del *onus probandi*. En España, F. PANTALEÓN considera que «[p]ara garantizar la "igualdad de armas en el proceso", puede admitirse excepcionalmente una inversión de la carga de la prueba en los casos de responsabilidad de médicos y otros profesionales semejantes, atendido el carácter más o menos impenetrable y opaco de su actividad profesional» (*Comentario...*, cit., p. 1983). En cualquier caso, la jurisprudencia dominante suele insistir en que, en pleitos de responsabilidad civil, incluso aquellos en los que son habituales las dificultades probatorias, como los de daños médicos, la carga de la prueba pesa sobre la víctima. Valgan como botón de muestra las SSTs, Sala 1ª, de 13 de julio de 1987 (RJ 1987, 5488); 29 septiembre 1994 (RJ 1994, 7303); 23 septiembre de 1996 (RJ 1996, 6720); 13 abril de 1999 (RJ 1999, 2583); y 8 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1235). Al respecto, A. LUNA YERGA, *La prueba...*, cit., pp. 517 ss.

establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil(781). En cualquier caso, el criterio de la doctrina civil dominante en el Derecho español consiste en decidir el sentido de la regla de clausura (es decir, mantener el peso de la carga probatoria en el demandante/víctima o trasladárselo al demandado/agente) atendiendo a las circunstancias de cada caso, pues, según se dice, podría resultar excesivo admitir que las dudas atinentes al nexo causal se salven *siempre* como convenga al dañado(782).

(781) Sobre la aplicabilidad preferente de las reglas finales establecidas por el Derecho sustantivo, J. MONTERO AROCA, *La prueba...*, cit., pp. 65-66. En todo caso, es preciso notar que el apartado 5 del artículo 217 dificulta la interpretación propuesta, pues sólo admite la alteración de la regla procesal por disposición legal expresa: «Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes». Junto a esto, hay que tener en cuenta, como se ha dicho, que «en el proceso penal existe una presunción sistemáticamente favorable a una de las partes, mientras no existe nada igual en el proceso civil donde las partes se sitúan sistemáticamente en el mismo nivel, y la eventualidad de ausencia o insuficiente prueba de hecho se resuelve —de acuerdo con las reglas generales de la carga de la prueba— con la derrota de la parte que había alegado ese hecho» (M. TARUFFO, *Algunos comentarios...*, cit., 92). Por lo demás, cuando el hecho de la causalidad ha de apreciarse, no en el contexto de un proceso, sino en el de un procedimiento administrativo iniciado en virtud de una reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial, hay que tener en cuenta la norma del segundo párrafo del artículo 6 del RD 429/1993, de 26 de marzo, de procedimiento en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: «En la reclamación se deberán especificar las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo, e irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante». Según se ha dicho, esta norma impone explícitamente la carga de la prueba a la víctima reclamante, lo que, entre otros efectos, determina que el órgano encargado de resolver la controversia, cuando la valoración

probatoria no sea concluyente, deba desestimar la reclamación indemnizatoria (C. BARRERO RODRÍGUEZ, *La prueba...*, cit., pp. 183, 193-194). Se trata, pues, de una norma específicamente prevista para supuestos de responsabilidad patrimonial que hace difícilmente aplicable en los procedimientos de resolución de reclamaciones administrativas el principio tendencial *pro damnato*. No obstante, la carga de la prueba podría invertirse en determinados casos atendiendo a circunstancias tales como que la Administración tenga en su poder las pruebas o se encuentre en mejores condiciones para probar que el interesado (C. BARRERO RODRÍGUEZ, *ibidem*, pp. 198-202).

(782) Así, L. Díez PICAZO (*Derecho...*, cit., p. 238) quien, después de señalar que hay actividades en que «resulta extraordinariamente difícil conocer bien la forma en que se han desarrollado los procesos causales» advierte que «la regla de la carga de la prueba se puede modificar en el sentido de imponer ésta a quien dispone de la información necesaria o aquel a quien le resulta más fácilmente accesible». Entiende, no obstante, que «tal regla no puede generalizarse». En relación con la carga de la prueba en el ámbito del procedimiento administrativo, C. BARRERO RODRÍGUEZ se ha mostrado también contraria a los planteamientos que establecen un criterio unívoco, esforzándose en aportar pautas con que determinar los casos en que tal carga pesa sobre la Administración o sobre el interesado (*La prueba...*, cit., pp. 192-212). Por lo demás, hay autores que, ante la incertidumbre causal, defienden la necesidad de realizar un examen de las circunstancias de cada supuesto y sector de actividad, optando por la hipótesis que beneficia a la víctima o la que favorece al agente del daño en función de criterios de racionalidad económica. De este modo, ponen en circulación consideraciones de análisis económico para aportar pautas con que racionalizar la selección de los tipos de asuntos en que proceda aplicar la regla de juicio final de uno u otro sentido. Estudios

Lo interesante a nuestros efectos es que las hipótesis de pérdida de oportunidad se corresponden en gran medida con las hipótesis de incertidumbre causal en que el órgano decisor, con base en una regla de clausura, ha de optar por afirmar o por negar la existencia de una conexión etiológica real entre el hecho ilícito y el perjuicio padecido. La doctrina de la pérdida de oportunidad evita así en estas situaciones difíciles una solución radical, favorable a la víctima o al agente dañoso según que se aplique una regla final *pro creditore* o *pro debitore*. Lo que ocurre es que, al menos en principio, tal doctrina es radicalmente incompatible con la teoría de la causalidad porque, como venimos diciendo, ésta obliga a tener por ciertas las etiologías altamente probables y, a lo sumo, en casos en que resulta dudosa la concurrencia de esa alta probabilidad, las referidas a supuestos en que pueda justificarse la aplicación de un criterio tendencial o de clausura que beneficie a la víctima.

IV. Recapitulación y análisis de la oportunidad perdida en atención a su grado de probabilidad: la oportunidad genérica, la oportunidad específica y la oportunidad perfecta

La doctrina de la oportunidad perdida propugna el libramiento de un resarcimiento cuando queda acreditado, no que mediera el nexo físico de causalidad, sino, simplemente, que las probabilidades de obtención de una ventaja fueran reales, serias o considerables. Es claro que tal doctrina es incompatible con la teoría clásica de la causalidad. En los Capítulos que siguen se expondrán las teorías vertidas que reafirman esta conclusión (doctrina del «todo o nada») o que justifican de algún modo la resarcibilidad de la *chance* (teorías ontológica y de la causalidad probabilística). Para concluir esta parte de la investigación, lo que interesa es determinar cuándo se plantea una hipótesis de pérdida de oportunidad; y, en este sentido, el análisis antecedente en torno a la prueba del hecho de la causalidad y, en particular, en torno al cálculo de probabilidades y sus criterios, permite ahora una acotación más precisa.

La constatación de que un sujeto ha perdido la oportunidad de alcanzar una ventaja como consecuencia de una actuación imputable a otro sujeto presupone un juicio previo de causalidad física, basado normalmente en el razonamiento inductivo, conducente a la determinación de si se trataba de una pura o simple oportunidad o de una oportu-

de este tipo se han llevado a cabo en los Estados Unidos, algunos de los cuales (entre otros, B. L. HAY/K. E. SPIER, *Burdens of Proof. In Civil Litigations: an Economic Perspective*, Journal of Legal Studies, núm. 26,

1997, pp. 413-432) han sido registrados en España por F. GÓMEZ POMAR (*Carga...*, cit., 17 pp.) y A. LUNA YERGA (*La prueba...*, cit., pp. 325-332, 473-475).

nidad seria, cuajada o fundada (783). En el primer caso, la pérdida de la oportunidad, de conformidad con la doctrina de que tratamos, no constituye en sí un perjuicio resarcible. En el segundo, hay un perjuicio resarcible, aunque hay que diferenciar si el mantenimiento de la oportunidad (su no pérdida) se habría traducido, con seguridad o no, en la consecución de la ventaja pretendida. En un caso, estamos ante la pérdida misma de la ventaja y en el otro, ante la pérdida de una *chance* en sentido estricto (784).

La pérdida de oportunidad se plantea así en situaciones que pueden calificarse técnicamente de incertidumbre, donde la probabilidad causal se sitúa entre dos extremos. Tales extremos son, de un lado, el *umbral de seriedad de la chance* ubicada en la probabilidad nula o irrelevante que puede cifrarse en un 15% (785); y, de otro, el *umbral de certeza de la causalidad* situada en la alta probabilidad que, fijada conforme a la pauta *id quod plerumque accidit*, se identifica con el 80%, según vimos. A través de estos dos umbrales, cabe, distinguir tres tipos de hipótesis: pérdida de oportunidad genérica, inespecífica, imperfecta, simple o común (inferior al 15%); pérdida de oportunidad específica o cualificada (entre el 15% y el 80%); pérdida de oportunidad superespecífica, supercualificada o perfecta (superior al 80%). Cuando la pérdida es de una oportunidad genérica, no hay incertidumbre causal pues puede asegurarse que la conducta enjuiciada no causó el daño. Se está, pues, una frustración que carece de relevancia jurídica, es decir, ante una oportunidad banal, ilusoria, fantástica, irreal estrictamente porque el nivel hallado de probabili-

(783) F. TRIMARCHI BANFI (*L'ingiustizia...*, cit., p. 639) se ha referido a la distinción entre los dos niveles de la *chance*, diferenciando la *chance «in astratto»* y la *chance «in concreto»*. En parecido sentido, S. Y. TANZI, *La reparabilidad...*, cit., p. 331.

(784) Muy clarificadora resulta la explicación que sobre esta cuestión lleva a cabo el administrativista colombiano J. C. HE-NAO, *El daño...*, cit., p. 163: «Si todos los elementos con los que cuenta el juez evidencian que el demandante habría obtenido la ventaja esperada de haber podido vivirla, el perjuicio tiene que ser calificado como cierto. Al contrario, sin ningún elemento muestra que el demandante habría podido obtener la ventaja, el perjuicio debe ser calificado de eventual. Y, en las situaciones intermedias, es decir, aquellas en que le juez dispone de elementos a favor y en contra, debe realizar una valoración de cada una de ellas para determinar la seriedad de las probabilidades de obtener la ventaja. Según la hipótesis en la cual se subsuma el caso procederá una indemnización total, parcial, o no procederá».

(785) A. BÉNABENT (*La chance...*, cit., ap. 237, p. 180) se hace eco de que una sentencia del Tribunal de Poitiers, de 5 de febrero de 1970, descartó que fuera reparable una oportunidad que contaba sólo con un 0,5% de probabilidad de realización. N. DEJEAN DE LA BÂTIE (*Responsabilité delictuelle*, Litec, Paris, 1989, t. VI-2, 8ª ed. de *Droit civil français*, de C. Aubry y F. Rau, dir. A. Ponsard e I. Fadlallah; inclusión aportaciones P. Esmein, nota 69, p. 38) considera que, en términos generales, se está ante una oportunidad *faible* cuando el grado de probabilidad de obtenerse la ventaja pretendida se concreta en un 10-20%. C. MÜLLER (*La perte...*, cit., pp. 154-175) resalta que en el Derecho holandés, cuando se aplica la teoría de la *kansschad*, se considera que una *chance* del 10% es suficiente para dar lugar a una indemnización proporcional, mientras que una *chance* superior al 80% debe dar lugar a una reparación integral del daño.

dad es ínfimo o nulo. Cuando la pérdida es de ante una oportunidad específica, se está ante una hipótesis de estricta incertidumbre causal, por lo que puede entrar en juego la doctrina de la *chance*. Se está, pues, ante el concepto técnico de oportunidad perdida, es decir, ante una *chance* seria y real, que expresa unas probabilidades considerables, pero insuficientes a los efectos de la afirmación del nexo causal. Cuando la pérdida es de una oportunidad superespecífica, no hay incertidumbre causal porque puede asegurarse que la víctima habría dejado de sufrir el daño sin la intervención del hecho ilícito. Se está, consecuentemente, ante una privación que cobra la máxima relevancia, es decir, ante una oportunidad que, por expresar una alta probabilidad, permite identificar el daño causado con la privación del beneficio apetecido.

A través de dos umbrales, cabe, pues, distinguir tres tipos de hipótesis, que hemos denominado de oportunidad genérica (inferior al 15%), específica (entre el 15% y el 80%) y superespecífica (superior al 80%), pero es preciso insistir en que existe una gama de casos intermedios que pueden ser de difícil calificación porque no puede concretarse si la víctima ha de recibir una indemnización total (porque hay causalidad) o parcial (porque hay pérdida de *chance*) o no ha de recibir nada (porque hay una nula o despreciable probabilidad). Estos supuestos intermedios son, gráficamente, aquellos en que las probabilidades de obtención de la utilidad apetecida oscilan, bien entre el 10 y el 20%, bien entre el 75 y el 85%, es decir los que se acercan (superándolo o no) al dintel de seriedad o al de certeza. Partiendo, naturalmente, de que los porcentajes son estrictamente convencionales, estos casos difíciles de dudosa calificación podrían resolverse a través del principio tendencial *pro damnato* en algunos casos. Con las debidas salvedades y siempre que logre fundarse teóricamente la doctrina de la *chance*, la regla de clausura que encierra este principio podría servir para optar, en el caso de la primera horquilla, por considerar que la oportunidad perdida es de carácter específico (*chance* en sentido técnico); y, en el caso de la segunda, por entender que la oportunidad sacrificada es de índole superespecífica (causalidad en sentido estricto). Creo, en fin, que no hace falta subrayar que una cosa es la expresión del grado de probabilidad, que puede ser numérica; y otra su cálculo, que ha de ser, con carácter general, lógico e inductivo, pero no matemático; y que la utilización de porcentajes obedece a la necesidad de racionalizar lo más posible la actividad valorativa sin que por esto se automatice o descarne de subjetividad.

**PARTE SEGUNDA: EL FUNDAMENTO DE LA DOCTRINA
DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD: TEORÍAS EN
CONTRA Y A FAVOR**

I. La teoría del «todo o nada», en general

Quienes niegan la admisibilidad de la doctrina de la *chance* insisten en que la posesión de una oportunidad conlleva de forma indefectible la incertidumbre respecto a que, de no haberse producido el hecho que la anula, se hubiera obtenido la ventaja apetecida(786). La denominada oportunidad perdida es irresarcible porque, por definición, su presencia supone la imposibilidad de acreditar la relación causal entre el hecho realizado por el (supuesto) agente dañoso y la ventaja frustrada, de modo que se está ante un daño puramente eventual; y ello, aunque tal hecho sea determinante de la pérdida de la oportunidad con la que se contaba porque, de no haberse verificado, hubiera habido posibilidades reales de que no se presentara el daño(787).

Estamos ante la que puede denominarse teoría de la identificación total porque la oportunidad perdida se identifica con la ventaja frustrada o, dicho con más precisión, porque la oportunidad perdida sólo tiene entidad dañosa si puede asimilarse el daño final causado. Si la oportunidad perdida supone la frustración de una ventaja eventual, insegura, carente de certeza, no constituye en absoluto un daño cierto y, por tanto, se niega su rango indemnizable. Si la oportunidad perdida supone la frustración de una ventaja segura, dotada de certeza, constituye un daño cierto y, por tanto, se afirma su rango resarcible, pero en el entendimiento de que tal daño consiste en el desvanecimiento de la ventaja pretendida. Por eso, en realidad, cuando la jurisprudencia reconoce la resarcibilidad de la oportunidad perdida de obtener una ventaja patrimonial por contar la víctima con una razonable probabilidad de realización, se está ante un lucro cesante *mutato nomine* (788) o ante la arbitraria dilatación del concepto de daño resarcible(789).

La doctrina de la pérdida de oportunidad enmascara la voluntad de forjar una relación causal que es sólo probable, dado que la obliteración de una oportunidad constituye, simplemente, la expresión de una carencia informativa que impide asegurar que el hecho ilícito fue *condicio sine*

(786) En estos términos se expresó R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Rousseau, Paris, 1923, t. 4, núm. 387, p. 28.

(787) C. SEVERI describe esta postura (*Perdita...*, cit., p. 308).

(788) M. ROSSETTI, *Il danno...*, cit., p. 1056.

(789) F. D. BUSNELLI, *La responsabilità...*, cit., pp. 10 ss.

qua non del daño padecido(790). El reconocimiento del rango resarcible de la pérdida de oportunidad «institucionaliza» la incertidumbre y la vacilación, al tornar lo dudoso en (supuestamente) real; implica desconocer la exigencia de que el daño y el hecho ilícito estén vinculados por una causa física, real, natural o material; y convierte al juez en un «amigable componedor» que, con plástica expresión, «parte la pera en dos» y erige el campo de las oportunidades perdidas en el «paraíso de los jueces indecisos»(791). De ahí que la *chance* perdida como concepto relevante represente un hipócrita artilugio conceptual con el que disimular que la noción tradicional del nexo causal queda triturada(792), una expresión lingüística de signo tautológico(793), una pseudocategoría de fisionomía indescifrable(794), un eufemismo(795), una epifanía jurídica inserta en la «perfecta fantasía»(796), es decir, un daño identificable con alguno de los conceptos tradicionales, pues, de tratarse de una mera esperanza, hay que negar que constituya un daño y, de tratarse de una esperanza fundada, constituye una hipótesis particular de lucro cesante o de daño emergente, sin que haya necesidad de reafirmar su existencia como un daño de entidad diversa(797).

Estamos ante la tesis extrema o radical que suele denominarse del «todo o nada» (*principe du tout-ou-rien* del Derecho francés; *Alles-oder-Nichts Prinzip*, del Derecho alemán; *All-or-Nothing Approach*, del Derecho anglosajón; *principio del tutto o niente*, del Derecho italiano; *princípio do tudo ou nada*, del Derecho portugués), porque, afirmada la causalidad, la indemnización es la que corresponde al valor total de la ventaja y, negada, se niega también la indemnización. La teoría del todo o nada o de la identificación total supone, en definitiva, que ante la existencia de

(790) Es la tesis que sostiene hoy G. J. FIERRO (*Causalidad...*, cit., p. 260), quien considera que la doctrina de la pérdida de oportunidad, al igual que las doctrinas de la creación culposa de riesgo, la causalidad virtual o la presunción de causalidad, no son otra cosa que «una típica forma de responsabilidad objetiva que, precisamente, nada tiene de relación de causalidad, pues parte de la premisa de que ella no ha podido ser establecida». Por eso la critica «ya que no es posible imponer un resarcimiento ante la sola constatación de la existencia de un daño en tanto se ignore quién, cómo y cuándo fue ocasionado». Es la idea que, hace tiempo, defendió en Italia PACCHIONI (*Corso di Diritto civile italiano. Delle leggi in generale*, t. IV, *Dei delitti e quasi delitti*, Cedam, Padova, 1940, pp. 109-110) al señalar que «*simili casi sono spiacevoli, ma non danno luogo ad un vero e proprio danno patrimoniale*».

(791) R. SAVATIER, *Aspects de la responsabilité médicale en France*, Revue Fr. Droit

adm., 1976, p. 502. Una crítica muy similar en S. A. BULLINGTON, *Arizona's loss of a chance doctrine: not a cause of action, but more than an evidentiary rule*, Arizona Attorney, núm. 33, 1997, pp. 33-34.

(792) A. M. PACCES, *Competizioni automobilistiche...*, cit., p. 661.

(793) E. GRAGNOLI, *Considerazioni...*, cit., p. 629.

(794) F. D. BUSNELLI, *Dopo la sentenza...*, cit., p. 346.

(795) J. ATAZ LÓPEZ, *Los médicos...*, cit., p. 345.

(796) M. ROSSETTI, *Il danno...*, cit., p. 1056.

(797) M. ROSSETTI, *Il danno da perdita di «chance»*, cit., pp. 677-678. Su elegante expresión es la siguiente: «*Cosa vuol dire infatti che si è persa una speranza? Vuol dire che delle due l'una: o si è persa una speranza fondata, ed allora si è verificata una ipotesi particolare di lucro cesante; ovvero si è persa una speranza infondata, ed allora deve negarsi in radice l'esistenza di un danno risarcibile*».

probabilidades de diverso signo, unas a favor de que el daño no se hubiera producido y otras en contra de esta conclusión, se opta por una negación mecánica de la causalidad (al efectuarse una compensación abstracta de las probabilidades favorables y las desfavorables) y, consecuentemente, del resarcimiento; o por una afirmación mecánica de la misma (con marginación de las probabilidades desfavorables), por cuya virtud se impone una indemnización que alcanza la totalidad de los perjuicios sufridos por la víctima. Se trata de una teoría que, históricamente, ha servido para negar la responsabilidad (o para afirmarla totalmente) en supuestos de causalidad concurrente (798) y alternativa (799). Es, ade-

(798) Este planteamiento tiene su origen más remoto en la regla de Sexto POM-
PONIO (*Quod quis ex culpa sua damnum sentit non intelligitur damnum sentire*; *Digesto* 50, 17, 203), que, según fue interpretada por la pandectística alemana, no exigía la exclusividad de la culpa de la víctima para considerar que el daño se lo había causado sólo ella. A través de esta interpretación y con base en variados fundamentos (equidad, *volenti non fit iniuria*, *communis malitia*, conducta de la víctima contraria a la *diligentia diligentis*) y, entre ellos, la idea de que no hay en estos casos una causa real y verdadera susceptible de engendrar responsabilidad, la doctrina alemana [entre otros, Johan Friedrich EISENBACH, en su Tesis Doctoral de 1778 titulada *De compensatione circa malefica, vel quasi, occasione legis XXXVI Dig. de dolo malo*; Friedrich MOMMSEN, *Zur Lehre von dem Interesse, in Beiträge zum Obligationenrecht*, II, Braunschweig, 1855; Gustav DEMELIUS, *Über Kompensation der Kulp*, JhJb, t. 5, 1961; Alfred PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, t. 2, vol. 1, 2ª ed., Halle, 1895; y Ludwig VON BAR, *Die Lehre vom Kausalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte*, Leipzig, 1871) construyó dogmáticamente el principio de la compensación de culpas (*Kulpa-kompensation*), a cuyo tenor la responsabilidad civil exige la existencia de un nexo causal exclusivo y excluyente, sin intervención del propio perjudicado. Se afirmó así la regla del todo o nada (*Alles-oder-Nichts Prinzip*) en el Derecho alemán, del que la tomaron después otros ordenamientos, como el italiano, donde Giovanni PACCHIONI (*Della cosiddetta compensazione delle colpe*, Riv. Dir. Comm., vol. 8, 1910, II, pp. 1032-1038) y Pasquale COPPA-ZUCCARI (*La compensazione delle colpe*, Società Tipografica Modenese, Modena, 1909) defendieron idéntica doctrina (*Compensazione di colpe*) e idénticos efectos (*tutto o niente*). En España

la jurisprudencia civil se atuvo a esta teoría hasta mediados del siglo XX y la contencioso-administrativa hasta los años setenta (*vide* Cap. I, ap. III.3.2.1). En el sistema jurídico inglés se aplicó también (*All-or-Nothing Approach*), configurada técnicamente en 1809 por Lord ELLENBOROUGH en el caso *Butterfield v. Forrester* (pero con raíces en los tiempos del Rey Eduardo IV [1461-1483]) y llevada después a los Estados Unidos, donde hay antecedentes de ella de principios del siglo XIX. Esta explicación resumida, acaso simplificada en exceso, está tomada de la más amplia de M. MEDINA ALCOZ (*La culpa...*, cit., pp. 193-213), que, además de haber aclarado los orígenes de la doctrina de la compensación (abstracta) de culpas y del todo o nada, da cuenta detallada del proceso en cuya virtud fue paulatinamente desplazada por la doctrina de la compensación (concreta) de culpas y de la indemnización proporcionada. Sobre este tema, son igualmente imprescindibles la Tesis Doctoral del portugués José Carlos Brandão PROENÇA: *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontractual*, Almedina, Coimbra, 1997; y el trabajo de A. M. HONORÉ, *Causation and remoteness...*, cit., pp. 94-133.

(799) Recuerdan G. VINEY y P. JOURDAIN (*Les conditions...*, cit., p. 206) que, durante mucho tiempo, la doctrina y la jurisprudencia negaron en estos casos que pudiera declararse responsabilidad civil alguna por tratarse de un supuesto en que, por definición, queda indemostrado cuál de los miembros del grupo fue el autor del daño sin que fuera concebible lo que los hermanos MAZEAUD llamaban una «punicción colectiva» que era contraria, según ellos, a la más elemental regla de la justicia. Entendían así que «si un daño es causado por un individuo que forma parte de un grupo, sin que sea posible determinar cuál es el miembro que ha cometido la culpa dañosa,

más, el expediente al que se acude en la actualidad para rechazar las reglas de indemnización proporcional que se proponen desde la doctrina de la fuerza mayor concurrente(800) y de la responsabilidad por cuota de mercado(801).

no cabría condenar a todos, aunque cada uno de ellos hubiera cometido una falta; y menos todavía declarar responsables solidariamente a todos por uno» (*Tratado...*, t. II, vol. 2, p. 178). De esta manera, los autores mencionados convalidaron el criterio al que se atuvo el Tribunal de Sena, en sentencia de 8 de enero de 1912, que rechazó condenar a un determinado grupo de jugadores de fútbol por desconocerse cuál de ellos rompió un cristal y lesionó a una persona. Se entendía que la víctima no debía recibir *nada* salvo que pudiera averiguarse qué concreta conducta generó el menoscabo, en cuyo caso habría de recibir *todo*. Otra manifestación de la teoría del todo o nada en la jurisprudencia francesa se halla en la sentencia del Tribunal de Casación de 29 de septiembre de 1941, que casó la que había dictado el Tribunal de Burdeos en 13 de octubre de 1936, referente a un accidente de caza. El Tribunal Territorial había declarado que los cazadores habían cometido una «culpa colectiva» al crear en común una zona peligrosa en la que las condiciones de visibilidad eran insuficientes, condenando por ello solidariamente a todos los miembros de la partida. Pero el Tribunal de Casación anuló dicha sentencia de acuerdo con el criterio tradicional relativo a la apreciación de la relación causal. En España, la doctrina del todo o nada, aplicada a los casos de responsabilidad colectiva, todavía en los años 80 no había sido superada. La empleó la sentencia de la AT de Burgos de 4 de diciembre de 1980, que corresponde a un supuesto en que dos niños estaban disparando escopetas de aire comprimido y, en un determinado momento, el proyectil de una alcanzó el ojo de otro menor, ocasionándole la pérdida casi completa de la visión. Formulada demanda por el padre del lesionado contra los progenitores de los otros dos niños, el Juzgado desestimó la demanda y la AT convalidó su sentencia, convalidando el argumento de que no se había acreditado cuál de los dos menores había realizado el disparo causante del siniestro. Ante la carencia absoluta de prueba de la relación causal y pese a la seguridad de que uno de ellos ocasionó el daño, se estimó que no había términos hábiles para que entrara en juego

la responsabilidad. En la doctrina, se ha mostrado partidario de la teoría del todo o nada para la resolución de estos casos, bajo el entendimiento de que la causalidad ha de ser una y cierta, auxiliándose de una interpretación histórica del artículo 1910, el profesor F. PANTALEÓN PRIETO, en su Tesis Doctoral *Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de daños*, Univ. Autón. Madrid, 1981, inédita, p. 90. Sobre la formación y superación de esta teoría, es imprescindible la monografía de V. MÚRTULA LAFUENTE, *La responsabilidad...*, cit., pp. 19-59, que aborda también las peculiaridades evolutivas del *Common Law*. Una visión de conjunto, en el estudio de Derecho comparado de A. M. HONORÉ, *Causation and remoteness...*, cit., pp. 78-79.

(800) Según vimos (Cap. I, ap. III.3.2.3), la jurisprudencia francesa actual, separándose del criterio al que se atuvo durante algún tiempo, considera que en supuestos de concurrencia entre culpa del agente dañoso y caso fortuito, procede la indemnización íntegra del daño, si la acción humana fue causa idónea de la lesión; o no abonar nada, si la fuerza inhumana fue la causa adecuada (*vide* P. H. ANTON-MATTEL, *Contribution...*, cit., pp. 148 ss.). Es también la postura del argentino I. H. GOLDENBERG (*La relación...*, cit., p. 194), que, no obstante, recoge una autorizada doctrina de su país que rechaza en estos supuestos la teoría del todo o nada. Quienes se han ocupado de la cuestión en España se muestran contrarios también a la radicalidad de esta teoría y postulan que el agente dañoso resarza en proporción a la entidad de su causa. *Vide* R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Tratado...*, cit., pp. 756-757; A. DE COSSÍO Y CORRAL, *La causalidad...*, cit., p. 547; J. L. LACRUZ BERDEJO; F. PEÑA LÓPEZ, *La culpabilidad...*, cit., p. 585; C. ROGEL VIDE, *La responsabilidad...*, cit., pp. 66-73.

(801) A. RUDA GONZÁLEZ (*Entre todo...*, cit., pp. 28-29) se ha hecho eco de que, pese a la notable importancia que ha cobrado la doctrina de la responsabilidad por cuota de mercado en los Estados Unidos, «[l]ejos de extenderse a lo largo y ancho de aquel país, la mayoría de Estados norteamericanos la han rechazado, y allí donde se ha aplicado, ha sido con requisi-

Se parte de que en la realidad objetiva, la causalidad es o no es, por lo que, en el Derecho, sólo cabe afirmarla o negarla enteramente. Por eso el sistema de responsabilidad civil tiene que vencer los elementos de incertidumbre que se presentan al confrontar el curso real de los acontecimientos con su curso hipotético a través de una solución que siempre es extremada. Vale sólo el blanco o el negro, es decir, el nexo causal demostrado o el indemostrado, sin que los supuestos problemáticos permitan postular respuestas intermedias. Piénsese en un caso en el que la ventaja pretendida constituía un incremento patrimonial. Si se consigue identificar la oportunidad de la que se gozaba con el incremento pretendido (porque, marginando los factores de incertidumbre, se afirme mecánicamente la causalidad) estamos ante un lucro cesante que, como tal, tiene que resarcirse; pero, si no se consigue (porque, apreciando los elementos de incertidumbre, se niegue mecánicamente la causalidad), no hay lucro cesante alguno y, por tanto, aunque las probabilidades de consecución fueran considerables, no procede resarcir. Y *tertium non datur*.

La teoría del todo o nada es perfectamente coherente con la regla de la indivisibilidad causal de la que parten los sistemas de responsabilidad civil, al presuponer la concurrencia de un nexo etiológico físico y real. Por eso se dice que la teoría de la *chance*, al establecer indemnizaciones acomodadas al grado de probabilidad de que el agente provocara el daño, yerra necesariamente, pues aleja *siempre* la decisión indemnizatoria de lo efectivamente acaecido. Desde esta perspectiva, la doctrina del todo o nada resulta plausible porque las respuestas intermedias que se postulan desde la doctrina de la oportunidad perdida no tienen correspondencia alguna con la verdad o lo verdaderamente acontecido; se desentien den de la realidad objetiva, donde las cosas, simplemente, son o no son. Si, en el ámbito de la realidad objetiva, había lazo de causalidad, cuando se aplica en el plano jurídico la doctrina de la oportunidad perdida, se adopta una solución necesariamente equivocada, pues se brinda a la víctima una parte proporcional de una indemnización que, en rigor, debía ser total. A su vez, si no existía verdaderamente el lazo etiológico, la teoría de la *chance* produce resultados igualmente erróneos, pues el perjudicado obtiene parte de una reparación a la que, en rigor, no debía tener derecho.

tos muy estrictos (...). Se trata de un mecanismo que no ha logrado cuajar en ningún país europeo»; y considera que, en el Derecho español, «parece poco recomendable dejarse llevar por una moda que, como suele pasar en estos casos, acabará tarde o temprano siendo sustituida por otra distinta. Desde este punto de vista, parecería absurdo defender que se transplante, injerte o introduzca en España un invento

que después de un auge espectacular, ya ha iniciado su declive en el país donde se originó». Téngase en cuenta lo que se ha dicho en torno al rígido criterio de cálculo que impone esta teoría, determinante de que, fuera de un reducido grupo de casos, su utilización sea ciertamente inadmisible (Cap. I, ap. III.3.2.5, nota; Cap. IV, ap. III.3.2).

Entre nosotros, este planteamiento ha sido ejemplificado por LUNA YERGA(802) con el siguiente caso, inspirado en el asunto estadounidense *Fennell v. Southern Maryland Hospital* y tomado de Vincent R. JOHNSON y Alan GUNN(803): 99 enfermos de cáncer, todos ellos con una esperanza de sobrevivencia del 33%, reciben un tratamiento médico negligente y mueren. La aplicación de la teoría del todo o nada conduce a la denegación de indemnización en todos los casos porque no se cuenta con un grado suficiente de certeza que permita la afirmación del nexo causal. Si no hubiera habido culpa médica y los enfermos hubieran sido correctamente atendidos, puede afirmarse, estadísticamente, que 33 se habrían salvado y 66 habrían fallecido, por lo que la aplicación de tal teoría, al denegar compensación en todos los supuestos, produce 33 errores. La aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, en cambio, conduce al reconocimiento de una indemnización en cada uno de los supuestos (1/3 de la que correspondería por el fallecimiento). Como, estadísticamente, 66 pacientes habrían fallecido de todas maneras –aunque los médicos hubieran actuado diligentemente–, la doctrina de la pérdida de oportunidad genera otros tanto errores, por sobrecompensación. A su vez, como 33 enfermos habrían sobrevivido de haberseles aplicado el tratamiento correcto, la doctrina comete 33 errores más, esta vez por infracompensación. Consecuentemente, en el ejemplo propuesto la doctrina del todo o nada yerra menos veces (33%) que la teoría de la oportunidad perdida (100%).

La doctrina de la *chance* alcanza soluciones intrínsecamente erróneas porque la víctima nunca obtiene la medida exacta de lo que merece (todo, si había causalidad natural; nada, si no la había); y tal cosa es incompatible con los fundamentos mismos del sistema de responsabilidad civil, que quiere que los daños los sufrague su *verdadero* causante. Pero, además, según se dice, es contraria a los postulados del análisis económico del Derecho, para el que las teorías, dentro del Derecho de daños, han de admitirse cuando, desde la óptica de la prevención, puedan considerarse eficaces y socialmente útiles(804). La doctrina de la oportunidad perdida, cuando obliga a un sujeto a reparar parte de un

(802) *Oportunidades perdidas...*, cit., pp. 5-6.

(803) *Studies in American Tort Law*, 2ª ed., Carolina Academic Press, Durham, 1999, pp. 370-371. Se han echo eco del mismo ejemplo varios fervientes partidarios del todo o nada en los Estados Unidos: U. COLELLA, L. PERROCHET y S. SMITH, *Lost chance...*, cit., pp. 621 ss.; T. A. WEIGAND, *Loss... caution*, cit., pp. 15-16, y *Loss... developments*, cit., p. 312.

(804) Se parte del postulado de la teoría económica, según el cual las personas adoptan medidas de precaución adecuadas cuando saben que, de no hacerlo, tendrán que reparar el daño producido. Desde esta perspectiva, no es eficiente la teoría que conduce a los sujetos a afrontar menos da-

ños de los que efectivamente causaron, pues les induce a adoptar menores previsiones; ni la que les conduce a encarar más daños de los que realmente generaron, pues les instiga a adoptar demasiadas precauciones. La conclusión es que la doctrina jurídica cuyo efecto es la infracompensación o la sobrecompensación de las víctimas y, correlativamente, la infraincentivación o la sobreincentivación de los posibles agentes dañosos, es socialmente poco eficiente y adolece de la adecuada eficacia preventiva. Al respecto, R. A. POSNER, *El análisis económico del derecho*, trad. E. L. Suárez, Fondo Cult. Econo., México, 1998, pp. 156-208) y, en relación con la doctrina de la oportunidad perdida, D. A. FISCHER, *Tort recovery...*, cit., pp. 631 ss.

daño que, en realidad, no causó, incita a extremar las medidas de precaución. Cuando, al revés, obliga a compensar sólo parte del perjuicio efectivamente causado, desincentiva a los sujetos, pues no anima a aumentar las cautelas con que evitar futuros menoscabos. La doctrina de la oportunidad perdida sobreincentiva o infraincentiva a los sujetos, dificultando la adopción de las medidas que minimicen las consecuencias lesivas de los comportamientos a un coste equilibrado o adecuado. En cambio, la teoría del todo o nada incurre en este defecto sólo en ocasiones, cuando conduce a la afirmación de causalidades que, en realidad, no existen; y, a la inversa, cuando determina la negación de causalidades que sí se produjeron verdaderamente. Fuera de estos casos, cuando hay correspondencia entre lo efectivamente ocurrido y lo declarado en el proceso, la teoría del todo o nada resulta eficaz y socialmente útil porque estimula la adopción de las prevenciones pertinentes(805).

Fundamentada en las concepciones clásicas de la causalidad y reforzada por los resultados que exponen algunos estudiosos del análisis económico del Derecho, la teoría del todo o nada se traduce, en resolución, en preterir el resarcimiento de la oportunidad perdida cuando es irreconducible a una de las categorías en las que se descompone la tipología tradicional del daño; o en reconocerlo bajo el concepto del lucro cesante o daño emergente cuando, escamoteando las dificultades probatorias, la probabilidad del resultado favorable pretendido alcanza una cierta cota. La teoría conduce a resultados muy dispares según que se maneje un estándar probatorio suave, muy suave, riguroso o muy riguroso, para afirmar la causalidad entre el hecho ilícito y la pérdida de la ventaja final. Negada la validez de una reparación porcentual, la respuesta que se dé a los casos problemáticos (favorable o contraria a la reparación) depende del grado de probabilidad requerido para formar la convicción jurídica de que, de no haber mediado el hecho ilícito, el daño se habría producido. De esta cuestión me ocupo a continuación.

II. La teoría del «todo o nada» sin modulación del estándar de probabilidad

1. LA TEORÍA EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN: EL «TODO O NADA» CON RELAJACIÓN PROBATORIA

La teoría de la identificación total con relajación probatoria es, por

(805) Este planteamiento ha sido expuesto en los Estados Unidos por el profesor D. KAYE, *The limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation*, Am. B. Found. Res. Journal., 2/1982, pp. 487, 486, 500-502. Admiten las conclusiones de este autor, pero siguen defendiendo la teoría de la chance, D. A. FISCHER, *Tort recovery...*,

cit., pp. 631-632; D. HAMER, *Chance would...*, cit., p. 18. Rechazan la teoría de la oportunidad perdida sobre estas bases, U. COLLELLA/L. PERROCHET/S. J. SMITH, *Lost chance...*, cit., pp. 621 ss. También T. A. WEIGAND (*Loss... caution*, cit., pp. 16-21; *Loss... developments*, cit., pp. 311-314), que añade otros argumentos específicamente relacionados con las hipótesis de negligencia médica.

lo general, la doctrina de quien niega la oportunidad perdida dentro de la cultura jurídica anglosajona, donde el estándar de persuasión se halla en la barrera del 50%, afirmándose la certeza del nexo causal cuando las probabilidades de que no hubiera menoscabo eran mayores que las probabilidades de lo contrario (*more probable than not, more likely than not*)(806).

En los Estados Unidos, el paradigma de la negación de la oportunidad médica sobre la base de la teoría de la identificación total con relajación probatoria está constituido por el asunto *Kramer v. Lewisville Mem. Hosp.*, resuelto en 1993 por el Tribunal Supremo de Texas(807). Una paciente solicita ayuda médica en varias ocasiones para resolver sus problemas ginecológicos. Cuando finalmente se le diagnostica con corrección un cáncer, la enfermedad se ha propagado tanto que provoca el fallecimiento. El Tribunal declaró que el sistema no exige la prueba de la absoluta certeza del hecho de la causalidad(808), pero declinó indemnizar por considerar que

(806) En España, hay algún autor que, a la vez que expone sus recelos respecto de la noción de oportunidad perdida, se muestra partidario de importar el umbral de certeza anglosajón. Me refiero a la profesora SOLER PRESAS, cuando se refiere al daño que puede causar el incumplimiento del contrato de compraventa. Según ella, «el resarcimiento de la pérdida de una oportunidad de ganancia sólo procede cuando el probable desarrollo favorable de las contingencias que afecten a su obtención fuera tan elevado que pudiera ciertamente concluirse que se trata de un (simple) lucro cesante», procediendo entonces «el resarcimiento íntegro de la pérdida sufrida»; y señala que el reconocimiento de la figura sólo es admisible en los «supuestos paradigmáticos de los contratos aleatorios» (*La valoración...*, cit., p. 77). La reparación porcentual conduce al absurdo de que cuanto menores sean las posibilidades de éxito, mayor interés tendrá el acreedor en que el deudor incumpla, asegurándose así, al menos, el presunto valor económico de su expectativa (*ibidem*, nota 201 pie p. 77). Por eso, la única causalidad posible es la que liga el hecho ilícito con el daño final y, según dice, debería apreciarse cuando las probabilidades de consecución del beneficio fueran superiores al 50% (*ibidem*, pp. 73-75). Sentado ello, concluye que la importancia del requisito de la certidumbre debe quedar reducida a los casos en que la pérdida aducida sea puramente especulativa (*ibidem*, p. 74) y que no se cumple cuando se trata de meras oportunidades de ganancia, es decir, de aquellas que son puramente hipotéticas por no poderse imputar razonablemente al incumplimiento (*ibi-*

dem, p. 76). Por eso, la postura de esta autora hay que insertarla dentro de la teoría de la identificación total, aunque bajo la modalidad de la relajación probatoria. También A. LUNA YERGA (*La prueba...*, cit., p. 410) ve con buenos ojos la regla anglosajona de la preponderancia de la probabilidad positiva: «establecer el umbral de certeza en un 51%, esto es, adoptar la regla de la preponderancia de la probabilidad positiva de la prueba, parece más coherente que exigir en todo caso la prueba patente del elemento». Pero téngase en cuenta que este autor considera que la *chance* es un bien en sí mismo y su pérdida un «daño abstracto», con lo que, en su concepto, la aplicación de ese estándar probatorio suavizado no conduce a la negación de la figura (*vid.* Cap. VI, ap. II.2.3).

(807) Comentada por J. D. MIGHT, *The Supreme Court of Texas refuses to adopt the «loss of chance» doctrine: Kramer V. Lewisville Memorial Hospital*, South Texas L. Rev., núm. 35, 1994, pp. 365-385. También L. R. ELLIS, *Loss...*, cit., pp. 377-382. Otro ejemplo que se cita frecuentemente en la literatura estadounidense, es *Jones v. Owings*, resuelto en 1995 por el Tribunal Supremo de Carolina del Sur. Comenta esta sentencia, señalando que la doctrina de la oportunidad perdida merecía mayor consideración, B. B. MOORE, *South Carolina rejects the lost chance doctrine*, South Carolina L. Rev., núm. 48, 1996, pp. 201-215.

(808) «We acknowledge that in searching for the truth, the law does not, and should not require proof of absolute certainty of causation or any other factual issue. It always settles for some lower threshold of certainty».

no había podido eliminarse el número suficiente de hipótesis alternativas a la de que la negligencia profesional generó el daño(809).

2. LA TEORÍA EN EL DERECHO CONTINENTAL: EL «TODO O NADA» CON RIGUROSIDAD PROBATORIA

La teoría de la identificación total con rigurosidad probatoria es la versión de la teoría del todo o nada que, en general, proporcionan los sistemas de la Europa continental, que ubican el umbral de convicción o certeza en el 80% por razón del principio de la normalidad (*id quod plerumque accidit*), que lleva a tener por cierta la causalidad cuando, borrado mentalmente el hecho ilícito, resulta una alta probabilidad de que el daño no se produjera.

Se atuvo a esta teoría la sentencia del *Bundesgerichtshof* de 23 de septiembre de 1982, que constituye el *leading case* alemán de rechazo explícito de la figura sobre la base del todo o nada(810). Un Ayuntamiento convocó un concurso para seleccionar el mejor proyecto de Hotel termal y adjudicar al ganador la ejecución de la obra. El jurado excluyó ilegalmente a uno de los 42 participantes, por entender que su proyecto había sido presentado intempestivamente. En primera y segunda instancia, se estimó que el arquitecto excluido había sufrido un daño por la pérdida de la *chance* de obtener el premio y el mandato de ejecución de las obras, incrementando su prestigio profesional; y se valoró en dos terceras partes del coste de elaboración del proyecto y participación en el procedimiento. Sin embargo, el *Bundesgerichtshof* declinó finalmente otorgar la indemnización porque, según dijo, no quedó demostrado con un grado suficiente de probabilidad que el arquitecto hubiera ganado el certamen. La apreciación de la causalidad siguió la pauta de la normalidad o regularidad (*id quod plerumque accidit*), recogida en el § 252 BGB, al disponer que son indemnizables las ganancias que se habrían obtenido con arreglo al *curso normal de las cosas o de las circunstancias especiales del caso concreto*. El Tribunal aplicó esta regla de tal manera que, siendo imposible asegurar que *normalmente* el arquitecto habría vencido y, negando validez a la doctrina de la pérdida de oportunidad, absolvió al Ayuntamiento de toda responsabilidad civil.

3. COMPARACIÓN

Ambas modalidades parten de la concepción clásica de la causalidad para negar todo resarcimiento en hipótesis de *chances* frustradas; y son, por tanto, estructuralmente idénticas. No obstante, producen resultados muy dispares, pues la modalidad del *Common Law* reputa como seguros daños que, desde la mentalidad jurídico-continental, son inseguros. La teoría de la identificación total, aplicada con relajación probatoria,

(809) «Below reasonable probability, however, we do not relieve that a sufficient number of alternative explanations and hypotheses for the cause of harm are eliminated to permit a judicial determination of responsibility».

(810) Tomado de C. MÜLLER, *La perte...*, cit., pp. 122-123.

brinda, al menos en alguna medida, una respuesta resarcitoria a los problemas de incertidumbre que plantea el instituto de la responsabilidad civil porque, aunque niega la resarcibilidad de la oportunidad perdida, afirma la causalidad entre el hecho ilícito y el daño final aún en presencia de importantes elementos de incertidumbre, siempre, claro está, que pueda seguir sosteniéndose que era más probable que se produjera que lo contrario. Sin embargo, la misma doctrina, cuando se emplea con rigurosidad probatoria, da la espalda al problema de la incertidumbre causal, restringiendo la tutela indemnizatoria a las hipótesis dotadas de un alto nivel de certeza, es decir, a los casos en que consiga acreditarse que muy probablemente la víctima no habría sufrido el perjuicio.

Son, pues, teorías formalmente idénticas, pero de resultados materialmente divergentes, pues hay un margen de probabilidad ciertamente considerable, oscilante entre el 51% y el 80%, donde la versión continental no capta la causalidad natural –eximiendo por completo al agente (considerado no) dañoso–; mientras que la modalidad anglosajona la percibe –condenando al agente (reputado) dañoso a indemnizar en la medida exacta del daño padecido–. Hay, pues, un buen número de casos en que el mismo postulado (todo o nada) da lugar a resultados antitéticos, cercenando cualquier tutela o proporcionándola hasta el final, según se esté en la órbita del Derecho europeo continental o en la del Derecho anglosajón.

III. La teoría del «todo o nada» con modulación del estándar de probabilidad

1. LA TEORÍA DEL «TODO O NADA» CON RELAJACIÓN PROBATORIA EXACERBADA

La teoría de la identificación total con relajación probatoria exacerbada es la doctrina de quienes son contrarios a la teoría de la oportunidad perdida, pero postulan una dulcificación del estándar ordinario de persuasión (50% en el *Common law*; 80% en el Derecho europeo continental) con el fin de afirmar la conexión etiológica entre el hecho ilícito y el daño final en supuestos caracterizados por la dificultad probatoria y, muy especialmente, en los que plantea la responsabilidad médico-sanitaria. Desde estos parámetros, se niega toda relevancia a la figura de la *chance* porque el daño resarcible es sólo el daño final, pero pretende garantizarse la «igualdad de armas probatorias», rebajando el umbral probabilístico de certidumbre y, por tanto, proporcionando una cobertura indemnizatoria total al afirmar la causalidad entre el hecho ilícito y el daño final aún en presencia de considerables elementos de aleatoriedad, sin que se satisfagan las exigencias probabilísticas normales. Estas teorías han sido desarrolladas por alguna jurisprudencia en Francia (*théorie de la creation d'un risque; théorie de la causalité atténuée*) y en los Estados Unidos de América (*Increased Risk of Harm Approach; Relaxed Causation*).

Approach); y tienen alguna aplicación en España (teoría de la creación de un riesgo; teoría de la causalidad atenuada) (811).

La jurisprudencia francesa, sobre todo en relación con la responsabilidad médica, vive un intenso dilema entre acudir a la técnica de la pérdida de oportunidad, que conduce al reconocimiento de indemnizaciones proporcionadas al grado de probabilidad de que el agente causara el daño; o a la técnica de la relajación del estándar ordinario de prueba, que lleva al reconocimiento de indemnizaciones plenas aun cuando no pueda llegarse a la convicción de que el agente produjo la lesión con arreglo a la pauta *id quod plerumque accidit* (812). Las primeras sentencias de la *Cour de Cassation* (Sala de lo Civil) que han aplicado la doctrina de la creación culpable de riesgo en lugar de la de la pérdida de oportunidad son de 1 de junio de 1976 y 20 de febrero de 1979 (813). Ambas se refieren a asuntos de responsabilidad médica en los que era incierto el nexo causal entre el daño padecido y la negligencia demostrada.

En el primero, la Casación confirmó la sentencia apelatoria que condenó a la reparación integral del perjuicio. Lo curioso fue que el Tribunal de Apelación había pronunciado la misma condena, pero fundándola en la doctrina de la oportunidad perdida. El Alto Tribunal francés revocó esta sentencia, remitiéndole de nuevo los autos. Fue al hilo de esta remisión cuando el Tribunal de Apelación mantuvo su criterio de la indemnización plena, pero sin fundarla ya en la pérdida de *chance*, siendo después confirmado tal criterio por la *Cour de Cassation* en la sentencia mencionada. En el segundo caso, se apreció que la decisión de un radiólogo de inyectar una determinada sustancia fue negligente e hizo correr a la enferma «*un risque non justifié*», condenando al abono del valor total de los perjuicios padecidos. Estas sentencias constituyen ejemplos de la negación de la doctrina de la *chance* a través de una teoría del todo o nada con relajación probatoria exacerbada. Son, no obstante, exponentes de una línea jurisprudencia tímida y discreta (814), que, no obstante, parece estar afirmándose más claramente en el ámbito de la responsabilidad de las Administraciones públicas (815).

Es preciso dejar aquí constancia de que esta corriente ha sido patrocinada y alentada por Geneviève VINEY y Patrice JOURDAIN (816). Desde su punto de vista, cuando la negligencia médica expone al paciente a un riesgo anormal o injustificado, que después se actualiza, privándole de

(811) Ya he examinado estas teorías en otro lugar, donde se han comparado con la doctrina de la oportunidad perdida (Cap. I, ap. III.1).

(812) Sobre este dilema, G. VINEY y P. JOURDAIN, *Les conditions...*, cit., p. 203. En España, se ha hecho eco del mismo, el profesor DE ÁNGEL (*Responsabilidad civil...*, cit., pp. 124-126, 245-246).

(813) Comentadas por G. VINEY y P. JOURDAIN, *Les conditions...*, cit., pp. 202-203.

(814) *Ibidem*, p. 203.

(815) La profesora C. CORMIER (*Le pré-judice...*, cit., pp. 265-274) ha estudiado un importante número de decisiones recientes del Consejo de Estado en las que se percibe una tendencia a la suavización de las exigencias probatorias relativas al nexo causal (*assouplissement du lien de causalité*). Así, en supuestos de denegación ilegal de licencias o beneficios fiscales; y de negligencia médica.

(816) *Ibidem*, pp. 203-204.

la posibilidad de evitar el daño, el juez está autorizado a ordenar la reparación íntegra del menoscabo, aunque no se hayan satisfecho las exigencias habituales de prueba del lazo causal entre la conducta culpable y el perjuicio final(817). Lo llamativo es que, de esta manera, en este concreto ámbito, son partidarios de inaplicar la doctrina de la pérdida de oportunidad, de la que, con carácter general, son firmes defensores. Ambos aprueban la aplicación de la doctrina de la *chance*, cuando un hecho ilícito ha coartado las posibilidades de que la víctima obtuviera un beneficio o evitara un daño(818). Pero la consideración de que las dificultades probatorias son particularmente graves en materia médica por los misterios del cuerpo humano y las imperfecciones de la ciencia médica les lleva a sostener que los índices probabilísticos que, como norma, han de fundar la convicción de que se ha producido una pérdida de *chance*, sirven en este específico ámbito para apreciar la causalidad entre la culpa médica y el daño final(819). Pretenden así tutelar mejor a las víctimas, garantizándoles indemnizaciones totales, en el entendimiento de que, en presencia de una culpa médica incontestable, es preferible que el riesgo de la incertidumbre pese sobre su autor más que sobre la víctima(820).

En cuanto a la jurisprudencia estadounidense, existe una tendencia jurisprudencial en materia de responsabilidad civil médica que, en la línea apuntada, encara los problemas de pérdida de *chance* sin admitir la sustantividad de la figura, pero rebajando el de por sí suave estándar probatorio propio del Derecho anglosajón de daños. Se permite así que la víctima obtenga una indemnización plena aunque las probabilidades de evitar el daño no alcancen el dintel del 50%. Esta doctrina supone, al fin y al cabo, rebajar en sectores concretos de actividad el estándar probatorio por debajo del umbral del *more probable than not*, para afirmar la causalidad entre el hecho ilícito y el perjuicio final.

El asunto precursor de esta tendencia es *Hamil v. Bashline*, resuelto en 1978 por el Tribunal Supremo de Pensilvania(821). Un paciente acude a los servicios de urgencias aquejado de fuertes dolores de corazón, sin que se le pudiera practicar un electrocardiograma porque el aparato estaba averiado. El médico ordenó la utilización de otra máquina, pero, al no haberse encontrado, no pudo sometersele a tratamiento. El paciente acudió después a otro doctor, pero, cuando por fin se le estaba practicando el electrocardiograma, murió de crisis cardíaca. El Tribunal condenó al libramiento de una indemnización plena y el criterio determinante fue, simplemente, según parece, el que podía afirmarse con un grado razonable de certeza que la conducta del agente dañoso aumentó el riesgo de que se produjera el daño.

(817) *Ibidem*, p. 192.

(818) *Ibidem*, pp. 71-85, 199-200, 203.

(819) *Ibidem*, p. 203.

(820) Literalmente, señalan: «*Il serait plus satisfaisant de permettre à la victime d'obtenir une réparation intégrale de ses dommages sur*

la base d'un allègement de la charge de la preuve qui pèse normalement sur elle» (*ibidem*, pp. 200, 203).

(821) Cfr. S. F. BRENNWALD, *Proving causation...*, cit., pp. 759 ss.; E. M. FORAN, *Medical malpractice...*, cit., pp. 488 ss.

En este caso, como en otros posteriores de responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario en los que la jurisprudencia norteamericana se ha atendido al *relaxed causation approach* o teoría de la causalidad atenuada, el Tribunal entendió que la causalidad puede afirmarse relajando el estándar probatorio ordinario del 50% (822). Se afirma así la causalidad y la responsabilidad con la simple prueba de que la negligencia aumentó el riesgo de producción de un daño (*increased risk of harm*), unida a la de que ese daño tuvo lugar efectivamente (823).

En España, hay una jurisprudencia que, en supuestos de contagios trasfusionales afirma el nexo causal, conformándose con la «mera probabilidad» e invocando a veces la idea del incremento del riesgo (824). Hay también sentencias exponentes de esta tendencia en otros supuestos de responsabilidad médico-sanitaria. Un buen ejemplo es la STS (Sala 1ª) de 20 de febrero de 1999 (RJ 1999, 1412), en relación con un paciente al que se le amputó una pierna afectada de una gangrena severa. Según se desprende del relato fáctico, el enfermo había acudido al profesional médico en Urgencias con unas heridas considerables que podían desembocar en una gangrena gaseosa. No se le avisó de la gravedad de sus lesiones, recomendándosele simplemente que acudiera a un traumatólogo el lunes siguiente, es decir, cinco días después de la producción del accidente. Según el Tribunal, las curas de urgencias no permiten saber si la limpieza de heridas de ese tipo ha sido correcta, pero, precisamente por eso, «*resultaba imprescindible haber ilustrado al herido de las probables complicaciones y es por lo que se hacía aconsejable practicar un seguimiento del tratamiento verificado hasta que el paciente fuera atendido por el traumatólogo*». Por eso señala que «[e]ra del todo punto necesario haber informado al actor

(822) L. R. ELLIS, *Loss...*, cit., pp. 380 ss.; M. J. FOX, *The loss...*, cit., p. 100.

(823) Planteamientos de este tipo se siguen en Arizona (*Thomson v. Sun City Community Hosp., Inc.*, Arizona, 1984), Colorado (*Kaiser Found. Health Plan of Colorado v. Sharp*, Colorado, 1987), Indiana (*Mayhue v. Spakman*, Indiana, 1995), Massachusetts (*Joudrey v. Nashoba Community Hosp., Inc.*, Massachusetts Appeals Court, 1992), Montana (*Aasheim v. Humberger*, Montana, 1985), Nueva Jersey (*Scafidi v. Seiler*, Nueva Jersey, 1990), Ohio (*Roberts v. Ohio Permanent Med. Group, Inc.*, Ohio, 1996), Oregón (*Honr v. National Hosp., Ass'n*, Oregón, 1942), Virginia del Oeste (*Thornton v. Charleston Area Medical Center*, Virginia del Oeste, 1983) y Wisconsin (*Ehlinger v. Sipes*, Wisconsin, 1990). Estos datos los tomo de C. MÜLLER, *La perte...*, cit., pp. 403-411.

(824) A esta jurisprudencia nos hemos referido en el Cap. I, ap. III.1.2.2. Un estudio de sentencias que operan una dulcificación exacerbada de las exigencias probatorias relativas la nexo causal en supuestos

de responsabilidad por productos en P. GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Responsabilidad...*, cit., pp. 294-301. Según la autora, «[e]n no pocas ocasiones (...) la dulcificación de la prueba y el trato benévolo que por el juego de las presunciones se ha querido dar a las víctimas de los productos defectuosos, ha llegado a traducirse en «excesos», en aplicaciones extralimitadas de ese medio de fijar la certeza de un hecho; a veces, incluso, con patente infracción de su modo de operar conforme a lo que disponía el art. 1253 CC». Un estudio del mismo tipo, pero en relación con los daños al medio ambiente, en N. ÁLVAREZ LATA, *La responsabilidad...*, cit., pp. 1729-1734, donde se habla de una «insuficiencia o inadecuación de los criterios de causalidad generales» que pretende colmarse mediante «el recurso a la presunción del nexo causal» o la introducción del «expediente de la probabilidad como medida de la causa». Se denuncia, además, que «existen algunas resoluciones en las que parece prescindirse también de la prueba de la causa efectiva», como la STS de 15 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2283).

sobre el cuidado y la vigilancia que requería la herida hasta que, cinco días después, acudiese al traumatólogo. Esta falta de previsión podemos estimarla como causante de la minusvalía que actualmente padece el lesionado»(825). Según parece, estamos ante un asunto en el que el Tribunal se contentó con la prueba de la mera probabilidad de que el médico causara el daño para apreciar la causalidad y declarar la responsabilidad. El profesor Ricardo DE ÁNGEL YÁGÜEZ ha comentado esta sentencia señalando que «[p]odría haber sido un caso de «pérdida de oportunidad» por falta de certeza o seguridad de lo que habría ocurrido si el médico hubiese proporcionado al paciente la información a la que se refiere la resolución»(826). Pero el Tribunal no aplicó la doctrina de la *chance* y, en su lugar, prefirió rebajar el estándar ordinario de prueba para declarar la causalidad y condenar al abono de una indemnización total. En definitiva, se aplicó, posiblemente, una teoría de la identificación total con relajación probatoria exacerbada.

Por lo demás, el Tribunal Supremo se atiene a veces a esta teoría en supuestos de incumplimiento del deber médico de informar al paciente de los riesgos de inherentes a una intervención o tratamiento(827). La postura de la jurisprudencia española ante las incertidumbres propias de estos incumplimientos no es unívoca. Cuando aprecia que ha habido infracción del deber de información, cuestión básica cuyo análisis no procede en este trabajo(828), llega a veces a la

(825) Se puntualiza, además, que «La causalidad dañosa hay que deducirla de dos factores decisivos: no haber prestado al enfermo todos los remedios que la ciencia médica aconseja y la falta de una correcta información al paciente».

(826) *Responsabilidad civil por actos...*, cit., pp. 123 ss.

(827) En relación con ésta tendencia, el profesor DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*Responsabilidad civil...*, cit., p. 243) ha señalado que «el criterio de *lo que es más probable* parece guiar a veces la decisión de la Sala Primera». Por su parte, la profesora ASUA GONZÁLEZ parece admitir un (reducido) espacio a la doctrina de la relajación probatoria en los supuestos de incumplimiento del deber médico de información, al señalar que el tema de la causalidad se presenta a veces como «conflictivo» y que no es irrazonable que se pretenda la reparación de daños que de algún modo tengan relación con el no cumplimiento de la obligación (*Responsabilidad civil médica*, en AAVV, *Tratado de responsabilidad civil*, coord. L. F. REGLERO CAMPOS, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 1066-1067). Parece así formular una teoría de la identificación total con relajación probatoria, pues en ningún mo-

mento se plantea abordar la cuestión desde la óptica de la doctrina de la pérdida de oportunidad y parte, además, de que la regla general ha de ser la rigurosidad probatoria: «Al plano indemnizatorio sólo deberían conducirse los daños efectivamente causados por no haber informado o por no haber prestado el consentimiento o no haberlo hecho suficientemente informado. Aunque la información y/o el consentimiento informado sean derechos indiscutibles del paciente, pieza clave en un sistema de salud democrático y, en definitiva, instrumento para evitar el autoritarismo, prepotencia irrespetuosa u oscurantismo, el recurso a la indemnización de daños sin una suficiente relación de causalidad, no haría sino enmascarar unos *daños punitivos*» (p. 1066, con cursiva de la autora).

(828) *vide* E. LLAMAS POMBO, *Doctrina general de la llamada culpa médica*, en *Ponencias del 3º Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro* (Salamanca, noviembre 2003), Grupo Edit. Univ., Granada, 2003, pp. 239-270; y la amplísima monografía sobre el tema de J. C. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad... informado*, cit.

conclusión de que, pese a todo, no es posible declarar la responsabilidad del médico o del hospital porque la causalidad es incierta o hipotética, dado que la víctima pudo en cualquier caso sufrir el daño (teoría de la identificación total con rigurosidad probatoria) (829). En alguna ocasión se ha declarado la responsabilidad bajo el entendimiento de que hay un daño por pérdida de una oportunidad, la de haberse sustraído al daño efectivamente producido de haber dispuesto de los elementos de juicio de los que fue injustamente privado (teoría de la pérdida de oportunidad) (830). En fin, otras veces se ha condenado al resarcimiento íntegro del daño final, dando por sentado que hay causalidad entre ese daño y aquel incumplimiento. Esta última respuesta es la que ahora interesa en la medida en que representa la negación de la doctrina de la *chance* a través de una teoría de la identificación total con relajación probatoria exacerbada.

Expresivas de esta tendencia son algunas SSTS, Sala 3^a, que, según parece, adoptan un muy elástico estándar probabilístico o patrón de certeza a la hora de apreciar la presencia del nexo causal. Así, la STS de 20 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 7503), en relación con una paciente que, habiéndosele practicado una resección de la zona traqueal, sufrió una importante lesión medular. El Tribunal se hace eco de la dificultad de determinar si la lesión era o no consecuencia de la intervención, señalando que se precisa «cierta flexibilidad» en este tipo de casos, por «las dificultades que normalmente encontrará el paciente para cumplirla [la carga de la prueba] dentro de las restricciones del ámbito hospitalario». El Tribunal se inclina finalmente por inducir el hecho de la causalidad a partir de la desproporción existente entre la intervención realizada y el resultado dañoso producido, apoyándose, además, en informes periciales que aseguraban que «es evidente que la lesión medular se produjo durante la intervención quirúrgica». Afirmado el nexo causal, se halla el fundamento de la responsabilidad patrimonial, no en una falta médica reveladora del incumplimiento de la *lex artis ad hoc*, sino en la ausencia de consentimiento informado. Pues bien, lo que el Tribunal no se plantea es que las lesiones habrían podido padecerse en cualquier caso porque, quizá, la víctima habría consentido la operación. Si la anormalidad del funcionamiento de los servicios sanitarios consistía en este caso en el incumplimiento del deber de ilustrar al paciente de los riesgos de la intervención, para apreciar la concurrencia del nexo causal habría debido comprobarse, no sólo que las lesiones fueron producto de la intervención, sino también que ésta no habría sido consentida por el perjudicado. En cambio, la sentencia comentada, superada la dificultad que entraña la apreciación de la

(829) Así, por ejemplo, algunas SSTS de la Sala 1^a (de 10 de noviembre y 16 de diciembre de 1997) y de la 3^a (de 4 de abril de 2006), además de cierta jurisprudencia menor: Sentencias de AAPP Asturias (Secc. 6^a), de 11 de marzo de 1998; Zaragoza

(Secc. 5^a), de 27 de enero de 1999; y Vizcaya (Secc. 4^a), de 28 de abril de 1999. Sobre esta jurisprudencia, J. C. GALÁN CORTÉS, *La responsabilidad... médica*, cit., pp. 345 ss.

(830) *Vid.* Cap. III, ap. II.3.2.

conexión etiológica entre el acto médico y el daño medular, parece conformarse con la constatación de la ausencia de consentimiento informado para tener por cierto el lazo causal.

También expresa esta postura la sentencia de esa misma Sala, de 9 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 7531). Frente al criterio del Tribunal *a quo*, estima que en el caso «no existió el consentimiento informado que la Ley demanda a las Administraciones Sanitarias en relación con los usuarios de los servicios que las mismas prestan». Señala después que «la inexistencia de consentimiento en este caso, causó a la recurrente un daño manifiesto puesto que le privó de adoptar en uso de su derecho a decidir en torno a las posibles opciones que se le ofrecieran la más conveniente para sí». Dicho lo cual, se declara que la Administración, al no informar de las consecuencias que de la operación podían derivarse «y que tristemente para ella se produjeron (...), debe responder por el deterioro progresivo del estado de salud de la paciente e indemnizar el daño causado por las secuelas que la misma padece y que suponen, como dijimos, el daño que no tenía el deber jurídico de soportar». En realidad, la sentencia no explicita los elementos con los que induce la existencia del elemento causal, pues no se pregunta abiertamente si la paciente habría sufrido el daño en cualquier caso porque, de haber sido convenientemente informada, habría aceptado la intervención. Da la sensación de que el dato fáctico de la causalidad se obtiene de la mera circunstancia de que la paciente no fue adecuadamente ilustrada de los riesgos de la operación. Por eso también este pronunciamiento se sitúa en la línea de una teoría de la identificación total con relajación probatoria. Lo interesante es que la misma sentencia contiene el elemento en que se basa en ocasiones la condena a la reparación parcial del daño padecido en este tipo de casos. Me refiero a la mención que se hace de la lesión del derecho del paciente a autodeterminarse, que, según veremos(831), constituye uno de los fundamentos con que otras veces se justifica la aplicación de la regla de responsabilidad proporcional que postula la teoría de la *chance*.

2. LA TEORÍA DEL «TODO O NADA» CON RIGUROSIDAD PROBATORIA EXACERBADA

La teoría de la identificación total con rigurosidad probatoria exacerbada es la versión de la teoría del todo o nada que aplica la jurisprudencia de algunos sistemas de la Europa continental, cuando eleva los requerimientos probatorios normales para exigir la demostración del nexo causal con una certeza absoluta o casi absoluta. Esta teoría niega la doctrina de la oportunidad perdida y, además, requiere una rigurosa acreditación del nexo de causalidad, como si operara el altísimo estándar probatorio propio del Derecho penal, ajustado a la pauta del «más allá de toda duda» y a la exigencia consecuente de porcentajes cercanos al

(831) Cap. VI, ap. III.3.1.

100% (832). Conforme a esta metodología, la certeza o efectividad del nexo causal constituye un requisito de carácter cuasi-físico y la probabilidad suena siempre a conjetura, de ahí que, prácticamente, se niegue la certidumbre del dato causal en relación con los daños futuros, esto es, los perjuicios que no han acaecido al tiempo de la *æstimatio* o liquidación judicial (833).

La jurisprudencia belga ofrece un buen ejemplo que atestigua con claridad los efectos de esta rigurosidad probatoria. Se trata de la sentencia del Tribunal de Casación de 29 de septiembre de 1974, en relación con la muerte de un paciente al que el médico no había aplicado tempestivamente el tratamiento adecuado (834). El Tribunal de Apelación declaró que, ante casos similares, el tratamiento impartido a tiempo producía un efecto terapéutico positivo casi siempre (90% de los casos) y por ello condenó al médico. Pero el Tribunal de Casación anuló la sentencia apelatoria con el argumento de que, al haber un 10% de posibilidades de que el tratamiento tempestivo hubiera sido inútil y de que, por tanto, se produjera en todo caso la muerte natural del paciente, había quedado sin acreditar el nexo causal entre la culpa del médico demandado y la muerte acontecida. Según parece, estamos ante una hipótesis en la que el grado de probabilidad causal era tan elevado (90%) que, en realidad, escapaba al ámbito del daño por una oportunidad perdida, para encajar, de lleno, conforme al canon probabilístico propio del Derecho europeo continental (80%), en el ámbito de la causalidad cabalmente acreditada (835).

3. COMPARACIÓN

Las dos teorías se basan en la noción clásica de causalidad y, frente a las demás versiones analizadas, preconizan una modulación del estándar ordinario de certeza, con arreglo al cual ha de tenerse por probado el hecho de la causalidad, es decir, una alteración del concepto ordinario de «probabilidad suficiente». Así pues, estamos, de nuevo, ante versiones de la teoría del todo o nada estructuralmente idénticas que, sin embargo, originan resultados extremadamente distintos. La teoría norteamericana de la causalidad atenuada (a la que, según hemos visto, puede asimilarse cierta línea jurisprudencial francesa y española) corrige el estándar probatorio ordinario del Derecho angloamericano (*more probable than not*: 50%), rebajándolo; mientras que la modalidad alternativa corrige el pa-

(832) En este sentido, la profesora SOLER PRESAS, *La valoración...*, cit., pp. 73-74.

(833) Como hemos visto (Cap. III, ap. II.1.1), ésta es la tendencia tradicional de la jurisprudencia española, singularmente en relación con el lucro cesante, que es siempre un daño invisible, apareciendo, en principio, como puro ente de razón (J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, cit., p. 181).

(834) Comentada por A. PRINCIGALLI, *Perdita...*, cit., nota 6, p. 317.

(835) No obstante, es preciso insistir en que el cálculo de probabilidades no puede basarse exclusivamente en las probabilidades estadísticas de que el agente dañoso causara el menoscabo.

rámetro de persuasión normal en el Derecho europeo continental (*id quod plerumque accidit*: 80%), aumentándolo. Las dos posturas producen una exacerbación de las exigencias probatorias, en un caso, para suavizarlas hiperbólicamente; y, en otro, para endurecerlas con igual exageración. Las dos niegan la existencia de la oportunidad perdida, pero, en realidad, la primera tutela con desmesura a las víctimas en los casos en que se produce, brindando indemnizaciones plenas (casi siempre, porque sólo queda sin resarcir la *chance* que no alcanza el –bajísimo– umbral de certeza establecido); y la segunda, no es ya que deje de protegerlas, es que niega incluso el resarcimiento del daño final (casi siempre, porque sólo resarce la posibilidad que alcanza el –altísimo– estándar legal de persuasión).

IV. Revisión crítica

1. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA TEORÍA DEL «TODO O NADA», EN GENERAL

La teoría del todo o nada rechaza la resarcibilidad de la oportunidad perdida y su respuesta es coherente con las premisas del sistema español de responsabilidad civil, pues respeta sus principios vertebrales en materia de causalidad física y régimen de prueba: las cláusulas resarcitorias de responsabilidad contractual y extracontractual del Código Civil, la LPC y el TRLCAP presuponen la existencia de una causalidad real o material por lo que la teoría del todo o nada es perfectamente consecuente, al rechazar las doctrinas que basan la responsabilidad en etiologías ficticias o irreales, posibles o parciales. La teoría de la identificación total respeta así la *géométrie du droit* y evita la contradicción lógica con el enunciado básico del Derecho de daños relativo al nexo causal y tal consonancia constituye, a mi juicio, su principal virtud, a la vez que el mayor obstáculo con el que topan las doctrinas favorables a la *chance*(836). Sin embargo, la teoría del todo o nada resulta inconsistente, al menos en el Derecho español, por varias razones, pese a que su firmeza lógica o formal parece incontestable.

En primer lugar, la teoría resulta difícilmente compatible con algunas normas del sistema de responsabilidad civil. Contrasta abiertamente con el artículo 7.2 de la Directiva 92/13, que, para un supuesto específico –infracción lesiva de normas de procedimiento en el ámbito de la contratación en los denominados sectores especiales–, condiciona el surgimiento del crédito resarcitorio a la demostración de que, de no haber mediado el hecho ilícito, hubiera tan sólo «una posibilidad real» de que no se produjera el daño; y con el artículo 63.2 de Ley 48/1998, que

(836) P. H. ANTONMATTEI (*Contribution...*, cit., p. 147) emplea la expresión *géométrie du droit* en supuestos de concurrencia de culpa y caso fortuito para, negar entera-

mente o afirmar con plenitud la responsabilidad, en el sentido de que ésta es la solución coherente con la regla de la indivisibilidad causal.

transpone al Derecho español ese criterio directivo. La teoría contradice igualmente la pauta (*soft law*) que, favorable a la doctrina de la oportunidad perdida que (por considerarse comúnmente aceptado), recogen los Principios UNIDROIT (art. 7.4.3), la Parte General del Código Europeo de Contratos [art.163 d)] y, con menos claridad, los Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (art. 3:106). No acompasa tampoco con la jurisprudencia del TEDH que se atiene a la teoría de la *chance*, ni con la similar tendencia que está consolidando el Tribunal Supremo, la Audiencias Nacional y las Audiencias Provinciales, algunos Tribunales Superiores de Justicia y el Consejo de Estado. Por lo demás, la teoría del todo o nada, al basarse en la regla de la indivisibilidad de la causa, no armoniza con los numerosos preceptos que establecen reglas de indemnización proporcional al abrigo de la doctrina de la culpa de la víctima, la intervención de tercero y la responsabilidad colectiva. Hay que tener en cuenta, en fin, que la doctrina española y autores pertenecientes a las culturas tanto del *Droit Civil* como del *Common Law* se han mostrado abiertamente contrarios a la teoría de la identificación total(837).

La teoría del todo o nada resulta inconsistente, en segundo lugar, por contradecir el sentido material de justicia que, en algunos casos de causalidad indemostrada, parece imponer la exigencia del resarcimiento. Por lo menos en ciertos supuestos, hiere la sensibilidad justicial que quien pierde una posibilidad seria y real de obtener una ventaja quede sin reparación bajo el entendimiento de que la causalidad física no ha sido acreditada. La teoría del todo o nada como doctrina negadora de la oportunidad perdida se capta como injusta porque, en cierto modo, se monta sobre la idea de que el proceso permite averiguar lo efectivamente sucedido, al despreciar las situaciones en que, por la imperfección del conocimiento empírico, se sospecha que lo procesalmente probado puede no ser lo realmente ocurrido; y porque, al desentenderse de esa posible discrepancia, obliga siempre a la víctima a cargar con el peso de la incertidumbre, eximiendo de toda responsabilidad al agente (posiblemente) dañoso.

La apreciación de que el todo o nada conduce a un resultado injusto es, desde luego, discutible, por estar dotada de amplios márgenes de subjetividad. Sin embargo son numerosos los síntomas de que, según el sentir general, la teoría de la identificación total produce soluciones injustas. Me refiero a los datos mencionados más arriba que incluyen los

(837) Ya me he referido con cierto detenimiento a los textos, sentencias y documentos de instituciones y organizaciones europeas y americanas (Cap. II, aps. III y IV); a la Ley española que recoge el criterio de las posibilidades reales (Cap. III, ap. I) y a los preceptos que consagran reglas de

responsabilidad proporcional (Cap. I, ap. III.3). También a la jurisprudencia española y a la doctrina legal del Consejo de Estado (Cap. III, aps. II y III) así como a la literatura científica foránea (Cap. II, ap. II.2) y de nuestro país (Cap. III, ap. IV).

referidos al Derecho legal y jurisprudencial español. Además: 1) La doctrina de la oportunidad perdida es defendida por la inmensa mayoría de los autores españoles que se han ocupado de ella; 2) Está generalmente reconocida en Europa, donde parece conformar uno de los elementos del *ius europeum* en materia de la responsabilidad civil que, por muy diversos factores, está forjándose en los últimos años; 3) Está ampliamente aceptada en el panorama internacional; 4) Al igual que las teorías de la responsabilidad colectiva y por cuota de mercado, es el resultado de una tendencia que se preocupa más por asegurar tutela aunque no haya quedado acreditada la *condicio sine qua non*, que por localizar criterios con que negar virtualidad resarcitoria a causas físicas probadas(838).

Pero es que, al margen de estos concretos síntomas, me atrevo a pensar que la inmensa mayoría de los juristas y, desde luego, la generalidad de los ciudadanos, quedaron sobrecogidos ante la solución que brindó la Audiencia Territorial de Burgos al negar toda protección resarcitoria al niño que quedó tuerto bajo el pretexto de que no se acreditó la causalidad por ignorarse cuál de las dos posibles agentes dañosos disparó el proyectil lesivo(839). Este rechazo ha conducido a la aceptación de la doctrina de la responsabilidad colectiva (que, en este caso, habría reconocido a la víctima el derecho a la reparación íntegra del daño; y a los deudores, el de repartirse internamente la indemnización), de la misma manera que, tiempo atrás, llevó a abandonar la teoría del todo o nada cuando servía para desproteger a la víctima que hubiera colaborado mínimamente en la producción de su propio daño. El «todo o nada»

(838) Otro factor sintomático es la circunstancia de que la doctrina científica ponga insistentemente a prueba las enseñanzas tradicionales y busque expedientes teóricos que, acumulados a la regla de la indivisibilidad de la causa o, incluso, alternativos a ella, expliquen la indemnización de la *chance* perdida. A mi juicio, la proliferación de teorías o planteamientos que de alguna manera tratan de fundamentar la doctrina de la oportunidad perdida pone de manifiesto la generalización de un mismo sentimiento, contrario a la solución negativa que impone la teoría del todo o nada.

(839) Me refiero a la sentencia de 4 de diciembre de 1980, resumida en este Cap., ap. I, en nota. Partiendo de la aportación de DE ÁNGEL, el procesalista MUÑOZ SABATÉ ha acertado a explicar la sensación de injusticia que provoca el criterio de la referida sentencia: «La sentencia de Burgos rezuma el desencanto del jurista que, como considerándose sometido a las exigencias inapelables de unos principios técnicos habidos desde siempre como artículos de fe

en el difícil oficio de juzgar, se ve en el trance de no poder dar satisfacción por la vía del Derecho a un interés humano que bajo otro prisma aparece innegablemente merecedor de tutela. La resolución de Palma de Mallorca, ante un supuesto idéntico, se deja conquistar por las exigencias de una justicia material previamente intuida y justificada por las más modernas tendencias en el resbaladizo terreno de la responsabilidad extracontractual» (*La prueba de la culpa y el daño*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 249). Es la idea que expresa V. MÚRTULA LAFUENTE (*Causalidad alternativa...*, cit., p. 3) cuando dice que «[a]firmar que, como no se puede determinar quién es el causante del daño, ninguno de los miembros de ese conjunto de personas debe responder, porque el art. 1902 del Código Civil—pieza de toque de nuestro sistema de responsabilidad— exige la existencia de un nexo de causalidad entre el acto generador de responsabilidad y su autor físico, no parece que sea la solución más justa».

genera una impresión de injusticia, que, en la actualidad, se manifiesta con plenitud en hipótesis de pérdida de *chance*. Así, por ejemplo, cuando, ante el desencadenamiento de un riesgo propio de una intervención quirúrgica del que no se informó, se rechaza toda reparación por no poder pronosticarse con toda certeza que el paciente habría dejado de consentir la operación; o cuando la Administración, después de que una sentencia declare que adjudicó un contrato administrativo con desviación de poder, no queda obligada a compensar al licitador que pudo vencer por la circunstancia de que resulta imposible averiguar con altas dosis de seguridad el tenor de la resolución que habría puesto fin a un procedimiento limpio de irregularidades. La solución contraria al resarcimiento basada en el «todo o nada» constituye, a mi juicio, un ejemplo de las elevadas cotas de sequedad justicial a las que puede llegar un formalismo acrítico que utilice las categorías jurídicas de forma invertida, olvidando que la forma es sólo un instrumento de la sustancia que es la justicia.

Parece, por tanto, que, en la actualidad, se vive un conflicto por el hiato existente entre los resultados a los que conduce un entendimiento formalmente cabal de la causalidad y los resultados a los que en determinados supuestos *se cree* que debería conducir materialmente. Las hipótesis de pérdida de oportunidad (al igual que las de responsabilidad colectiva) son percibidas como problemáticas, enigmáticas o anómalas porque, al encararse, surge la discordancia entre la solución que, en principio, aporta el modelo tradicional (no hay derecho a indemnización) y la que, según el sentir general, debería proporcionarse (hay derecho a indemnización) (840). La doctrina del todo o nada, lastrada por la óptica lógico-formal, en su afán de respetar el paradigma tradicional y, con ello, de mantener la coherencia intersistemática, niega toda validez a la doctrina de la pérdida de *chance*; pero sus resultados lastiman la comprensión general de lo justo; y, sin embargo, la lógica formal y la justicia material han de ser exigencias conciliables que inspiren al jurista a la hora de explicar y construir las teorías jurídicas (841). De ahí que, en mi opinión, el formalismo excesivo y vacuo que inspira la teoría de

(840) Han apelado a razones de justicia material para combatir la teoría del todo o nada como teoría negadora de la oportunidad perdida, entre muchos otros, R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Responsabilidad civil...*, cit., p. 111; S. F. BRENNWALD, *Proving causation...*, cit., p. 789; L. R. ELLIS, *Loss...*, cit., p. 383; M. FEOLE, *Il danno...*, cit., p. 55; E. M. FORAN, *Medical malpractice...*, cit., p. 491; M. T. MANGAN, *The loss...*, cit., pp. 324-326; S. M. NICHOLS, *Jorgenson v. Vener: The South Dakota Supreme Court declares loss-of-chance doctrine as part of our Common Law in Medical Malpractice Torts*, *South Dakota L. Rev.*, núm. 46, 2001, p. 646; A. PORTAT/A. STEIN,

Liability for uncertainty: making evidential damage actionable, *Cardozo L. Rev.*, núm. 18, 1997, p. 1909; S. E.: SMITH, *Lost chance of survival in Illinois: the need for guidance from the Illinois Supreme Court*, *Loyola Univ. Chicago L. Journal*, núm. 23, 1991, p. 179; M. L. TRUCKOR, *The loss...*, cit., p. 360; V. R. WALKER, *Direct inference...*, cit., pp. 248-256, 297-299. También M. M. ZAVALA (*Persona, casos...*, cit., p. 34), al señalar que «[l]a sensibilidad moderna reconoce un espectro de “chances” resarcibles, en las que antes se negaba toda indemnización».

(841) Vide C. W. CANARIS, *Función, estructura...*, cit., pp. 30-36.

la identificación total constituye la razón fundamental por la que resulta inconsistente, pues produce un resultado coherente (de acuerdo con su propia lógica), pero injusto.

En tercer lugar, considero rebatibles las consideraciones de eficacia preventiva vertidas desde el análisis económico del Derecho en contra de la doctrina de la pérdida de oportunidad. La circunstancia de que la teoría del todo o nada pueda ser muy eficiente desde la perspectiva económica porque incite más que la doctrina de la pérdida de la *chance* a adoptar las adecuadas medidas de prevención, no es, a mi juicio, razón suficiente para apoyar su validez dentro del Derecho español. Es cierto que las teorías insertas en el ámbito de la responsabilidad civil han de ser socialmente eficaces, pero, a mi juicio, no más que las de cualquier otra institución jurídica(842). Además, la responsabilidad por daños parece ser, al menos en nuestro sistema jurídico, una institución que entra en juego, precisamente, cuando se han demostrado insuficientes o inoperantes las medidas de prevención que ponen en marcha otras instituciones (y, en particular, el Derecho sancionador); y su función normativa es, no el castigo o la prevención, sino, simplemente, la reparación del perjuicio causado, es decir, el traslado de su coste del patrimonio (económico y/o personal) de la víctima al del agente dañoso(843). Es preciso insistir en que la configuración actual del instituto resarcitorio en España es, precisamente, el producto de la evolución de un sistema que asignaba a la responsabilidad civil cometidos compartidos con la penal a otro

(842) *Vide idem.*

(843) En este orden de ideas, el profesor David A. FISCHER (*Tort Recovery...*, cit., pp. 634-635) considera que ni siquiera en los Estados Unidos las razones de eficacia preventiva pueden ser determinantes para sostener o rechazar la teoría del todo o nada. El autor pone de manifiesto cómo, en la actualidad, la doctrina norteamericana está dividida entre los que defienden que el sistema de responsabilidad civil (*tort system*) está principalmente dirigido a la eficiencia (prevención adecuada); y los que sostienen que lo está a la realización de la justicia conmutativa (*corrective justice*). Así, entre los primeros, G. CALABRESI, *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, prolog. trad. J. Bisbal Méndez, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 42-50; S. LEVMORE, *Probabilistic Recoveries, Restitution, and Recurring Wrongs*, *Journal Legal Stud.*, núm. 19, 1990; R. POSNER, *El análisis...*, cit., pp. 156-208; S. SHAVELL, *Economic analysis...*, cit., pp. 5-46. Entre los segundos, J. L. COLEMAN, *La justicia...*, cit., pp. 57-70, y *La concepción...*, cit., pp. 71-84; G. P. FLETCHER, *Fairness and Utility in Tort Theory*, Har-

vard L. Rev., 1972, núm. 85, pp. 543-556; S. R. PERRY, *Method and Principle in Legal Theory*, *Yale L. Journal*, núm. 111 (en la red: <http://www.yalelawjournal.org/pdf/111-7/PerryFINAL.pdf>), 2002, pp. 1757-1814; E. J. WEINRIB, *Corrective Justice*, *Iowa L. Rev.*, 1992, núm. 77, p. 403, y *Toward a Moral Theory of Negligence Law*, *Law & Phil.*, núm. 2, 1983, pp. 37 ss.; C. WELLS, *Tort Law as Corrective Justice: A Pragmatic Justification for Jury Adjudication*, *Michigan L. Rev.*, núm. 88, 1990, pp. 2348-2350. Un estudio crítico del análisis económico del Derecho, particularmente del realizado por POSNER, en lengua española, J. M. GONDRA ROMERO, *¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía? A propósito de una teoría del Derecho que postula una Jurisprudencia orientada por el valor de la «eficacia económica»*, *R. Der. Merc.*, núm. 226, 1997, 1545-1672. Otro a favor, I. ORTIZ DE URBINA GIMENO, *El análisis económico del derecho: ¿método útil o ideología nefasta?*, en AAVV, *Observar la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, prolog. M. Atienza, dir. C. Courtis, Trotta, Madrid, 2006, pp. 321-348.

nuevo que, al encomendarle una función resueltamente restauradora (no preventiva o sancionadora), ha remodelado la concepción tradicional de cada uno de sus elementos(844). Habida cuenta de que la idea de que la responsabilidad civil cumple cometidos de prevención o castigo ha constituido, históricamente, en nuestro país, un lastre, que en parte explica aún hoy tendencias injustificadamente restrictivas –tales como la exigencia de la prueba de la absoluta certeza–, no creo que sobre ella quepa articular el rechazo de la doctrina de la oportunidad perdida(845). Por lo demás, la perspectiva del análisis económico arroja también, en determinados casos, la conclusión contraria, esto es, la de que la teoría del todo o nada está dotada de menor eficacia preventiva que la doctrina de la pérdida de oportunidad. Así, por ejemplo, cuando un sujeto tiene que afrontar varias reclamaciones por similares daños producidos en situaciones idénticas o muy parecidas, de tal manera que sean prácticamente iguales en cada uno de los casos las probabilidades de que con su acción o conducta haya provocado el perjuicio(846).

Estos supuestos han sido denominados casos de «fallos recurrentes o repetidos» (*Recurring Wrongs*)(847). No es sencillo identificar este tipo de supuestos en la medida en que el cálculo de las probabilidades depende de circunstancias concretas que suelen variar en cada caso(848). No obstante, en el marco de la responsabilidad civil médica, legal o empresarial puede ocurrir que un profesional aplique sistemáticamente la estrategia equivocada a un mismo tipo de casos. Cuando en tales hipótesis el nivel de probabilidades de que tal profesional causara el daño no supera el umbral de certidumbre, la teoría del todo o nada resulta ineficiente porque deja de incitarle a actuar con mayor diligencia –es decir, a modificar sus métodos y procedimientos–, pues nunca estará obligado a afrontar una indemnización(849). Cuando, en cambio, las probabilidades alcanzan el dintel de certeza, el sujeto estará sobreincentivado porque la regla del todo o nada le fuerza siempre a reparar la totalidad del daño(850). En cambio, si, con base en una regla de reparación proporcional, se obliga al agente a indemnizar en la medida de la probabilidad de que fuera causante adoptará, según se dice, las adecuadas precauciones porque estará incentivado en una medida óptima, justa y equilibrada(851).

(844) La superación de la óptica preventivo-punitiva es, en gran medida, el factor que ha permitido en nuestro país localizar razones distintas del dolo y de la culpa para apoyar la responsabilidad civil; y ampliar el conjunto de lesiones resarcibles, sin restringirlo a las derivadas de conductas socialmente reprochables (antijurídicas en sentido criminal), por entrañar la violación de un deber o de un derecho subjetivo. Vide L. MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad...*, cit., pp. 42, 96-110, 119-171.

(845) Sobre la conexión entre la exigencia de la absoluta certeza y la concepción delinculencial de la responsabilidad civil, en este Cap., ap. IV.2.

(846) La menor eficacia de la teoría del todo o nada en estos casos ha sido puesta de manifiesto por S. LEVMORE, *Probabilistic Recoveries...*, cit. pp. 705-707; y S. SHAVELL, *Economic analysis...*, cit., pp. 115-117.

(847) *Ibidem*, p. 705. La traducción española es de A. LUNA YERGA, *La prueba...*, cit., p. 415.

(848) En esto ha insistido particularmente D. A. FISCHER, *Tort recovery...*, cit., pp. 632-633.

(849) S. LEVMORE, *Probabilistic Recoveries...*, cit., pp. 705-707; S. SHAVELL, *Economic analysis...*, cit., p. 116.

(850) *Idem*.

(851) *Ibidem*, p. 718. Otros casos en los

2. ANÁLISIS CRÍTICO DE SUS DIFERENTES MODALIDADES, EN PARTICULAR

La teoría de la *identificación total con relajación probatoria*, basada en la regla de la probabilidad preponderante (*more probable than not*), trata de encarar las dificultades probatorias asociadas al nexo de causalidad porque, aunque rechaza la doctrina de la *chance*, impone un moderado grado de probabilidad de certeza para tener por demostrado el hecho de que la víctima no habría sufrido el menoscabo. Sin embargo, produce unos «efectos secundarios indeseables», como consecuencia de la drasticidad del «juicio de fatalidad» o *partage radical* adoptado con la fórmula del todo o nada(852). Montada esta fórmula sobre el umbral «fatídico» del 50% o, lo que es lo mismo, sobre el umbral «mágico» del 51%(853), se entiende que es inconsistente(854), injusta(855) y arbitraria(856): no resulta fácil comprender por qué la víctima, si contaba con un grado del 50% de probabilidad de sustraerse al daño –de no haber intervenido el hecho ilícito–, deje de ser resarcida, y que lo sea por el total, si el grado de probabilidad es del 51%(857). Evidentemente, el cálculo lógico de probabilidades no permite un nivel tal de exactitud que coloque al juzgador en la tesitura de elegir con márgenes porcentuales tan escasos entre la hipótesis de que hay causalidad demostrada o causalidad indemonstrada. Pero, al margen de que en supuestos excepcionales la probabilidad puede hallarse con precisión matemática(858), lo cierto es que la teoría de la identificación total obliga a adoptar una solución extrema (todo o nada) en supuestos dudosos, difíciles o problemáticos en que

que la teoría del todo o nada se demuestra menos eficiente que la de la pérdida de oportunidad en D. A. FISCHER, *Tort Recovery...*, cit., p. 632. Más ampliamente, S. SHAPELL (*Uncertainty over causation and the determination of civil liability*, National Bureau of Economic Research, Working Paper núm. 1219, 1983, www.nber.org/papers/w1219.pdf, 95 pp.), quien, desde una perspectiva estrictamente económica, considera que una responsabilidad proporcional a la probabilidad de causalidad (*liability in proportion of causation*) es superior a cualquier otro criterio en dos tipos de casos caracterizados por la incertidumbre causal: supuestos en los que el agente dañoso puede no ser causante por la intervención de agentes naturales, donde entrarían algunas de las hipótesis de pérdida de oportunidad; y aquéllos en los que se sabe que, de entre varios sujetos, sólo uno es el agente dañoso, pero se desconoce exactamente cuál (daño causado por miembro indeterminado de grupo). Por lo demás, otros profesores consideran que la responsabilidad proporcional resulta siempre más útil y eficiente. Me refiero, en particular, a la opinión del profesor J. MAKDISI (*Proportio-*

nal liability: A comprehensive rule to apportion damages based on probability, North Carolina L. Rev., núm. 67, 1989, pp. 1063-1101), que se expone en Cap. VII, ap. III.1.

(852) A los efectos secundarios indeseables y al *partage radical* se ha referido C. MÜLLER, *La perte...*, cit., pp. 197, 199, 264.

(853) *Ibidem*, p. 197.

(854) D. A. FISCHER, *Tort recovery...*, cit., p. 619.

(855) *Idem*; H. R. FELDMANN, *Chance as...*, cit., p. 143; J. MAKDISI, *Proportional liability...*, cit., p. 1063; A. PORTAT/A. STEIN, *Liability for...*, cit., pp. 1908, 1916; P. H. SCHUCK, *Dos cuestiones...*, cit., p. 183.

(856) J. H. KING, *Reduction of...*, cit., p. 506. También C. MÜLLER (*La perte...*, cit., p. 197), que apunta, además, que la teoría del todo o nada se presta a manipular y distorsionar el requisito del nexo causal (pp. 228, 389).

(857) Parecida observación en J. MAKDISI, *Proportional liability...*, cit., 1063; C. MÜLLER, *La perte...*, cit., p. 198; P. H. SCHUCK, *Dos cuestiones...*, cit., p. 183.

(858) Recuérdese el ejemplo de la «jarrá de judías» del profesor KING (Cap. I, ap. III.2.1.3; Cap. IV, ap. III.3.2.1).

tan razonable resulta sostener que el agente provocó el daño como concluir lo contrario. Se trata, pues, de una teoría que no acierta a responder a los muy variados grados de duda a los que se enfrenta el operador jurídico, que tiene que optar necesariamente por afirmar o negar la causalidad(859). Este sistema puede ser de perfecto recibo, en general, para la apreciación del nexo causal entre el hecho ilícito y el daño final; y, a mi juicio, su importación al Derecho español debería meditarse. La cuestión es que, al menos en las hipótesis más características de oportunidad perdida –donde la causalidad sólo se intuye y la víctima no está en condiciones de demostrar su efectiva concurrencia–, el «molde binario» del todo o nada se demuestra excesivamente inflexible, hermético y mecánico al no admitir las soluciones matizadas que postula la doctrina de la *chance*(860).

La teoría de la *identificación total*, cuando está *caracterizada por la severidad probatoria*, participa del mismo defecto, pero, además, da la espalda por completo al problema de la incertidumbre causal, claudica ante los ineludibles márgenes de aleatoriedad que se presentan y desprotege las víctimas al condicionar siempre el reconocimiento del crédito resarcitorio a unos umbrales muy elevados de certeza que, muchísimas veces, son, en verdad, inalcanzables. Piénsese en los casos en que las probabilidades de evitación del daño fueran considerables –mayores que las de su producción–, sin que la víctima obtenga resarcimiento porque no se alcanza el grado que impone la regla del *id quod plerumque accidit*. En algunos de estos casos «el sentido natural de justicia se ve seriamente comprometido» porque «la víctima se encuentra, de ordinario, en una situación próxima a la indefensión, no sólo por la carencia de conocimientos suficientes para apercibirse de que el daño sufrido ha sido causado por la actividad profesional, sino también porque no tiene a su disposición los medios, materiales o documentos con los que probar la relación de causalidad o porque los elementos probatorios han desaparecido al producirse el daño»(861).

La teoría de la *identificación total con relajación exacerbada* tampoco parece la mejor respuesta a los problemas de pérdida de oportunidad. Con ella quiere encararse el problema de la incertidumbre que afecta a las hipótesis de oportunidad perdida, pero lo hace a través de una relajación probatoria puntual, que modifica el estándar ordinario de persuasión, ofreciendo soluciones que siguen siendo extremas o poco pondera-

(859) En parecido sentido, J. MAKDISI (*Proportional liability...*, p. 1080), al señalar que la teoría del todo o nada desprecia el grado de duda que puede existir en la mente del juzgador: «*This approach fails to coonsider the range of doubt that may exist in a factfinder's mind between belief in the fact of causation and belief in the fact of no causation*».

(860) P. H. SCHUCK (*Dos cuestiones...*, cit., p. 183) se ha referido a la teoría del todo o nada como «regla que fuerza una variable continua en un molde binario» y que, por esto, «generará tanto ineficiencia como resultados injustos».

(861) R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Responsabilidad civil...*, cit., p. 111.

das: o todo o nada(862). Por eso se ha dicho, en relación con la versión norteamericana de esta teoría (*Increased Risk of Harm Approach* o *Relaxed Causation Approach*), que representa lo peor de los dos mundos, el que niega la pérdida de la oportunidad a partir de una concepción ortodoxa de la causalidad, y el que admite esta especie dañosa postulando su resarcibilidad(863). En relación con las similares doctrinas que en supuestos de responsabilidad médica a veces aplican los tribunales franceses (*théorie de la creation d'un risque* o *théorie de la causalité atténuée*) y españoles (teoría de la creación de un riesgo o teoría de la causalidad atenuada), se ha dicho también que se le pueden reprochar los mismos defectos que suelen predicarse de la teoría de la pérdida de oportunidad(864). En efecto, esta última parece alterar las nociones clave de causalidad y certeza, pero lo mismo cabe decir de la teoría que nos ocupa, pues convierte en formalmente cierto algo (la causalidad) que puede tener más probabilidades de ser falso que verdadero. Además, tal doctrina contrasta con el tenor de algunas reglas probatorias del Derecho español. En el ámbito de la responsabilidad civil y penal cabe conseguir la prueba del nexo causal a través de indicios; y, según vimos, el artículo 386 LEC admite esta solución en la generalidad de los casos, pero, eso sí, exigiendo un *enlace directo y preciso* entre el hecho conocido y el desconocido basado en las reglas del criterio humano(865). La teoría en cuestión podría contrariar esta exigencia al permitir una conexión endeble o menos fuerte entre los datos indiciarios y el hecho de la causalidad como consecuencia de la aplicación de un estándar probatorio extraordinariamente suavizado. A su vez, considero lógicamente inconsistentes los planteamientos que abogan por una apreciación laxa o «liberal» de la prueba de la causalidad en los solos supuestos de responsabilidad médica. Similares dosis de incertidumbre y dificultades probatorias (que colocan a la víctima en parecida situación de virtual indefensión) se presentan en otros grupos de casos (concursos laborales, procedimientos administrativos, procesos jurisdiccionales, actividades lúdicas o deportivas), sin que se entienda por qué la apreciación de la causalidad habría de regirse en ellos por el estándar ordinario de prueba. Por idéntica razón, no parece

(862) En este orden de ideas, el profesor LUNA YERGA (*La prueba...*, cit., p. 428) considera que «no es aceptable una modificación del umbral de certeza necesario para satisfacer la carga de la persuasión que alcance exclusivamente a estos concretos sectores de actividad [profesional, empresarial o médico-sanitaria], pues no existe una justificación para la diferenciación».

(863) J. KING, «*Reduction of...*», cit., p. 508. Igualmente crítico se ha mostrado H. R. FELDMAN, *Chance as...*, cit., pp. 144-148; P. H. SCHUCK, *Dos cuestiones...*, cit., p. 183.

(864) R. DE ÁNGEL, *Responsabilidad ci-*

vil..., cit., pp. 245-246. Se señala, además, que esa atenuación probatoria basada en la creación del riesgo «es, cuando menos, controvertida y polémica, toda vez que el riesgo fue creado en beneficio único del propio enfermo y para evitarle un mal mayor» (J. C. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad... informado*, cit., p. 238).

(865) En parecido sentido, pero refiriéndose a la tendencia jurisprudencial en materia de responsabilidad por productos que dulcifica en «exceso» la exigencia de la prueba del nexo causal, P. GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Responsabilidad...*, cit., p. 294.

del todo consecuente afirmar, en general, la resarcibilidad de la *chance*, pero negarla en el marco de la responsabilidad médica para asegurar allí, y sólo allí, que la víctima obtenga una indemnización total porque, excepcionalmente, se admita la relajación del estándar probatorio ordinario con que apreciar la concurrencia del nexo causal.

La doctrina del *todo o nada*, cuando la *rigurosidad probatoria* es *exacerbada* (porque aproxima el umbral de persuasión a la altura del 100%) es del todo punto inadmisibles como teoría negadora de la resarcibilidad de la *chance*, pero también como canon general para la apreciación del nexo causal. Tal teoría denota una concepción punitiva de la responsabilidad civil porque se vale de estándares probatorios más propios del Derecho penal que del Derecho civil(866). Con esto se altera la que, a mi juicio, constituye la función normativa de la responsabilidad civil en el ordenamiento español (función compensatoria, no preventivo-punitiva) y se produce la paradoja de que el instituto resarcitorio, cuando se encara bajo este prisma represivo, es menos reparador que cuando aparece desligado de sus tradicionales tintes delincuenciales(867). Ese rigor exacerbado expresa también el lastre de una concepción positivista del Derecho, en su versión más descarnada, por cuanto realiza un trasunto al mundo jurídico de las técnicas exactas que –ni siquiera– son propias de las ciencias de la naturaleza. Desde luego, tal planteamiento carece de un mínimo basamento teórico, si se tiene en cuenta que, en la actualidad, no se confía en la obtención de verdades incuestionables sino, sencillamente, en la elección de hipótesis verosímiles o probables. La conciencia plena de la falibilidad del conocimiento empírico así como la imposibilidad ontológica de asegurar resultados objetivamente verdaderos obliga al Derecho a conformarse con *verdades* posibles y, consecuentemente, a descartar planteamientos que, como el ahora analizado, buscan certidumbres absolutas, de las que, hoy por hoy, existe sólo la certeza de su inalcanzabilidad(868). Por eso es inadmisibles que la cuestión de la apreciación de la certeza del daño (o, lo que es lo mismo, la de la apreciación del lazo causal que lo une con el hecho ilícito) se despache con la frase de que, para ponderarla, hay que aquilatar las infinitas vicisitudes y contingencias que en la vida humana pueden darse (aleatoriedad del perjuicio) y que tal ponderación sirva para negarlo(869). Entre el extremo de negar lo posible por incierto y el de afirmarlo como cierto hay vías intermedias que pueden llevar a reconocer la certeza de algunos daños estocásticos.

(866) L. MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad...*, cit., p. 395.

(867) *Idem*.

(868) A. PORAT/A. STEIN, *Liability for...*, cit., p. 1893: «*Absolute certainty is unattainable*».

(869) En estos términos se expresa con bastante frecuencia la jurisprudencia española para negar la certeza de daños patrimoniales futuros. Cfr. Cap. III, ap. II.1.1

I. La teoría ontológica, en general

La teoría ontológica o autonomista sostiene que la oportunidad perdida implica el menoscabo de un bien distinto del que representa la ventaja final apetecida. La privación de una *chance* no puede identificarse con el perjuicio final y, por tanto, el daño en que consiste no constituye ni un lucro cesante ni un daño emergente dejado de evitar. La oportunidad favorable con que se contaba, la ocasión propicia, constituye un bien *in se et per se*, susceptible siempre de ser económicamente valorado; y su destrucción, un daño cierto y efectivo.

Se entiende que las teorías de la identificación resultan rechazables porque desvían el análisis de la estructura del supuesto considerado al partir de que el daño está constituido por el desvanecimiento de la utilidad pretendida. No tienen en cuenta que la pérdida de la ventaja final, aunque constituye referencia imprescindible (una parte del supuesto de hecho considerado), no conforma su existencia, pues dicho daño consiste sólo en el cese de la posibilidad antecedente que se tenía de conseguirse la ventaja (en el momento en que ésta se encontraba *in fieri*), aunque su realización fuera insegura, de tal manera que, al cortarse la oportunidad, queda impedida la consecución de la ventaja, pero en el entendimiento de que la persistencia de la primera no garantizaría la obtención de la segunda(870).

Se ha hablado así del vuelco doctrinal (*capovolgimento concettuale*) dado por los estudiosos de la materia, pues el perjuicio sufrido por la pérdida de una oportunidad ha dejado de configurarse como un supuesto de perjuicio *posibile* para catalogarse como manifestación segura

(870) Dice M. FRANZONI (*Danno al patrimonio*, Cedam, Padova, 1996, pp. 227-228) que, si se contempla la *chance* desde el punto de vista del lucro cesante, no es resarcible, porque son inciertos los presupuestos que viabilizarían la consecución de la utilidad pretendida; pero que, si se adopta la perspectiva de considerar la *chance* como pérdida de la posibilidad de conseguir esa utilidad, es perfectamente re-

sarcible. E. A. ZANNONI (*El daño...*, cit., pp. 77-78.) señala en el sentido apuntado que la doctrina que niega la reparación por la pérdida de una *chance* lo que hace es centrar el problema en la incertidumbre que existe respecto a la obtención del beneficio patrimonial pretendido, mientras que la que lo reconoce atiende a la certidumbre de la probabilidad. También, A. SERRA RODRÍGUEZ, *La responsabilidad...*, cit., p. 237.

de daño emergente(871). La solución al problema de la incertidumbre causal no se busca ya en el plano de la causalidad, negando la concurrencia del elemento etiológico (teoría de la identificación total) o suavizando el estándar probatorio ordinario con que se aprecia ese elemento (teoría de la identificación total con relajación probatoria); se localiza en el plano de la perjudicialidad, considerando la *chance* como un daño en sí mismo, independiente del perjuicio final. La solución es, pues, no la modificación de los principios de la causalidad, sino la redefinición del daño objeto de la reparación(872).

La teoría autonomista, tras la respuesta ontológica, justifica, además, la respuesta matizada de la cuestión valorativa que caracteriza a la doctrina de la *chance*(873). El valor del bien en que consiste la oportunidad de que gozaba el perjudicado se ha de determinar partiendo del límite constituido por el valor de la ventaja desaprovechada; y este criterio ha de aplicarse siempre, con independencia de que la ventaja sea de índole patrimonial o de índole personal (extrapatrimonial). Dicho de otro modo, el valor de ese bien del que se priva a la víctima, la *chance* u oportunidad, se halla aplicando al valor total del daño el porcentaje de probabilidad de que no se produjera el daño de no haber mediado el hecho ilícito(874).

La teoría autonomista u ontológica admite diversos desarrollos según que se entienda que ese bien de que es privado la víctima es de carácter económico o personal o, dicho de otro modo, según que se considere que el daño en que consiste la privación de una oportunidad es patrimonial, por entrañar un atentado al patrimonio económico; o extrapatrimonial, por suponer un ataque al patrimonio personal. Atendiendo a la naturaleza del daño por pérdida de oportunidad, cabe, pues, distinguir dos teorías autonomistas: la teoría ontológica del perjuicio patrimonial y la teoría ontológica del perjuicio personal.

II. La teoría ontológica del perjuicio patrimonial

1. APROXIMACIÓN

Según esta teoría (*teoría ontológica*, en el ordenamiento italiano; *Chance-Has-a-Value Approach* o *Separate-Injury Approach*, en el Derecho angloamericano) la oportunidad perdida es una entidad patrimonial que, antes de que mediara el hecho ilícito, estaba integrada en el patrimonio

(871) R. PARTISANI, *Lesione di un interesse legittimo e danno risarcibile: la perdita della «chance»*, Resp. civ. previd., 2000, p. 581.

(872) S. F. BRENNWALD, *Proving causation...*, cit., p. 752.

(873) Según hemos visto en Cap. I, ap. III.3.1.

(874) No obstante, hay versiones de este planteamiento que acuden a otro criterio de cuantificación, según veremos después (en este Cap., ap. III.3.2).

económico de la víctima. La aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad supone indemnizar, no la pérdida del resultado esperado, sino la pérdida en sí de la posibilidad con que contaba la víctima de obtenerlo, entendida como una propiedad preexistente(875). Se insiste así en que la oportunidad perdida no constituye una *ademptio aut deminutio patrimonii*(876), sino sólo una *ademptio spei*(877). La *chance* se configura así como un bien patrimonial *a se stante* diferenciable en el plano ontológico de la ventaja a la que se orienta teleológicamente(878). Por eso, cuando se indemniza por el valor de ese daño, se coloca a la víctima en la situación en que estaría de haber vendido o enajenado su *chance*, no en la que estaría de haberse concretado la oportunidad(879).

La posibilidad que se integra en el patrimonio jurídico de los sujetos es un bien *sui generis*, pues su naturaleza no es estática, sino dinámica o evolutiva(880). La *chance* es un bien que está destinado a desaparecer, bien porque no llegue a actualizarse bien porque acabe traduciéndose en un beneficio real y concreto(881). Pero no puede extrañar, según se dice, que se conceptúe la oportunidad como una pertenencia previa o propiedad anterior porque los sistemas de responsabilidad protegen no sólo bienes concretos y sensibles, comprendidos en la esfera «real» del sujeto, sino también valores cuya presencia en el patrimonio económico de la víctima no es físicamente perceptible(882). Ejemplos significativos, expresivos de la patrimonialidad de la posibilidad de consecución de una ganancia, son el billete de lotería, que no es otra cosa que un título representativo de una oportunidad de ganancia(883) y, en general, el contrato de cosa futura, referido a utilidades que pueden no obtenerse(884). También el contrato de seguro, que tienen por objeto una posibilidad, la de que se desencadene, no ya un evento favorable, sino una desgracia o siniestro(885). Precisamente porque la *chance* como posi-

(875) F. CHABAS, *La perdita...*, cit., p. 228. En esta línea, G. OPPO, *Novità e interrogativi in tema degli interessi legittimi*, Riv. Dir. civ., 2000/3/1, p. 396, dice: «lo que puede indemnizarse es, no la falta de consecución de la utilidad, sino el cambiante valor de la expectativa en sí (...), se indemniza el valor social o deportivo de la participación a una competición y el interés a participar en un concurso».

(876) Tal es la definición del daño según la clásica fórmula pauliana (*Digesto*, 39.2.3).

(877) Utiliza estos términos, M. ROSETTI (*Il danno...*, cit., p. 1049) quien, no obstante, se muestra matizadamente contrario a la doctrina de la oportunidad perdida.

(878) Así, en muy parecidos términos, la sentencia del *Consiglio di Stato* (Secc. VI), de 31 de marzo de 2006.

(879) A. BENABENT, *La chance...*, cit., p. 180: «En indemnisant la victime par l'équivalent de la chance perdue, on la place dans la

situation ou elle serait si elle avait vendu sa chance, non dans celle ou elle serait si elle l'avait courue». Esta idea ha sido desarrollada por una doctrina norteamericana, que señala que valorar la oportunidad perdida es hallar su precio en un mercado hipotético (*The Hypothetical Market Theory*). Sobre esta cuestión, S. F. BRENNWALD, *Proving causation...*, cit., pp. 768-772.

(880) C. MÜLLER, *La perte...*, cit., p. 250.

(881) *Idem*.

(882) R. LOZUPONE, *Il danno da perdita di chance*, www.studiogiuridico.it, cons. 19 en. 2004, p. 1.

(883) G. VINEY, *Les conditions...*, cit., p. 71; J. SELVADORAY, *Pérdida...*, cit., p. 1402.

(884) C. MÜLLER (*La perte...*, cit., p. 248) se basa en la compraventa de cosa futura (*emptio spei*) para justificar el carácter patrimonial de la *chance*.

(885) J. SELVADORAY, *Pérdida...*, cit., p. 1402.

bilidad se corresponde con un resultado favorable y el riesgo con un resultado desfavorable, puede afirmarse la patrimonialidad de la oportunidad perdida: Si se adjudica un valor económico al riesgo, hay que adjudicárselo también a la *chance*(886).

Así las cosas, las *chance* constituye una entidad económica de carácter dinámico e invisible, pero preexistente en el patrimonio de la víctima, por lo que el análisis de la causalidad no puede ir referido a la causalidad entre el hecho dañoso y la ventaja dejada de obtener, sino a la existente entre el hecho y la posibilidad de conseguir la ventaja apetecida(887). La teoría autonomista u ontológica de signo patrimonial admite variantes según que se adjudique el rango de cosa a todas o sólo a algunas de las oportunidades frustradas. De tales variantes me ocupo a continuación.

2. LA TEORÍA ONTOLÓGICA MODERADA

2.1. *Significado*

Esta teoría intenta justificar la doctrina de la oportunidad perdida tal y como se ha explicado precedentemente(888). Consecuentemente, emplea la noción de *chance* en hipótesis de incertidumbre causal en que no puede asegurarse que, sin la intervención del hecho ilícito, la víctima hubiera obtenido un beneficio ni que hubiera dejado de obtenerlo. Lo que justifica que, en ausencia de la prueba patente del nexo causal, se libre una indemnización parcial, es la idea de que la oportunidad frustrada constituye una entidad económica que, antes de su privación, estaba insertada en el patrimonio jurídico de la víctima.

La presencia de esa entidad económica en el patrimonio del perjudicado depende del grado de probabilidad de que el hecho ilícito fuera *condicio sine qua non* del perjuicio padecido. Si las probabilidades de causalidad alcanzan el umbral (máximo) de persuasión o certeza, la pérdida es, no de la oportunidad, sino de la ventaja final apetecida, y ha de repararse al resultar acreditado el nexo causal. Si tales probabilidades no superan un umbral (mínimo) de seriedad, tampoco puede decirse que el agente dañoso sacrificó el bien económico en que consiste una *chance*, debiéndose rechazar toda indemnización. No son, pues, *chances* en sentido estricto las oportunidades de consistencia muy baja (las oportunidades genéricas), que no dan lugar a un resarcimiento por reputarse

(886) Alessio PACCES considera que la profesora PRINCIGALLI se encuentra entre las que defienden la realidad de la *chance* apelando al contrato del seguro. Es verdad que esta autora señala que, frente a la objeción de que la *chance* tiene sólo un valor social, pero no de mercado, puede replicarse que el desarrollo del mercado del seguro ha desmentido esa afirmación (*Perdita di «chances»...*, cit., nota 2, p. 316). Ahora

bien, la autora se decanta claramente, como el propio PACCES, por una doctrina de la pérdida de oportunidad que consolida el fundamento de las indemnizaciones proporcionales que se brindan en una teoría de la causalidad parcial o probabilística (*vid.* Cap. VII, ap. II.1, nota).

(887) J. PEIRANO FACIO, *Responsabilidad extracontractual...*, cit., p. 364.

(888) En Cap. I, ap. III.

ilusorias, poco serias, insubstanciales o especulativas; ni las oportunidades de consistencia muy alta (las oportunidades superespecíficas), que dan lugar a un resarcimiento total, pero no por la pérdida de una *chance*, sino por la de la ventaja en sí, en el entendimiento de que ésta está ligada causalmente con el hecho ilícito. Las únicas *chances* de las que se predica el rango de cosa, bien o entidad económica son las que expresan un grado de probabilidad superior al establecido por el nivel de seriedad, que puede situarse convencionalmente entre el 15% y el umbral de certeza ubicado en el 50% (en el Derecho anglosajón) o en el 80% (en los sistemas del continente europeo).

2.2. Su formidable aceptación en los sistemas jurídicos de nuestro entorno

La teoría autonomista patrimonial (moderada) es, de entre todas las que han tratado de fundamentar la doctrina de la pérdida de oportunidad, la más extendida en el panorama jurídico comparado. Según parece, fue aplicada por vez primera en el asunto *Chaplin v. Hinks* (1911) (889). La jurisprudencia inglesa ha consolidado después el criterio de que la *chance* resarcible es la que expresa un grado de probabilidad favorable sustancial (*substantial*) o apreciable (*appreciable*), que no es mínimo (*minimal*) o especulativo (*speculative*) ni prevalente o preponderante (890). En los Estados Unidos, el *Separate-Injury-Approach* es defendido por un sector de la doctrina (891), pero sólo lo aplican las jurisdicciones de Nevada, Illinois y Dakota del Sur (892). Dentro del *Com-*

(889) Tal asunto, *leading case* en materia de reparación de oportunidades perdidas en el ámbito del *Common Law*, contiene la idea de que la *chance* constituye un bien o cosa cuya privación da derecho a indemnización. La *Court of Appeal* declaró que, aunque es cierto que no existe un mercado que suministre ese tipo de *chances*, tal cosa no significa que tales *chances* no tengan un valor monetario («*money value*») ni que su privación deje de constituir un daño indemnizable. Téngase en cuenta que, según dicen S. F. BRENNWALD (*Proving causation...*, cit., p. 771) y T. A. WEIGAND (*Loss... causation*, cit., p. 5) hay una sentencia del Tribunal Supremo de Ohio de 1867 que afirmó que la pérdida de oportunidad de curación constituye un daño indemnizable. A estas dos sentencias me he referido en los Capítulos I (ap. I.1.3), II (ap. II.1) y IV (ap. III.3.2.1).

(890) La sentencia del asunto *Barnett v. Cohen* (King's Bench Division, 1991) es particularmente clara al referirse a la necesidad de distinguir la probabilidad especulativa, que es despreciable, y la probabilidad razonable, que es la que importa a los efectos de probar la existencia de un *chance* perdida: «*I think that the only way to distinguish between the*

cases where the plaintiff has failed from the cases where he has succeeded, is to say that in the former there is a mere speculative possibility of benefit, whereas in the latter there is a reasonable probability of pecuniary advantage. The latter is assessable. The former is non-assessable. This test, though necessarily loose, seems to be the only one to apply». De esta sentencia se ha hecho eco C. MÜLLER, *La perte...*, cit., p. 156.

(891) S. F. BRENNWALD, *Proving causation...*, cit., p. 751; H. R. FELDMANN, *Chances...*, cit., pp. 148 ss.; M. MANGAN, *The loss...*, cit., pp. 324 ss.; S. M. NICHOLS, *Jorgenson...*, cit., pp. 631-633, 642; K. J. WILLING, *Falcon v. Memorial Hospital: a rational approach to loss-of-chance tort actions*, *Journal Contemporary Health L. Policy*, núm. 9, 1993, pp. 545-562.

(892) Así lo ha puesto de manifiesto S. M. NICHOLS, *ibidem*, p. 630. Aunque no adopta estrictamente la teoría, el antecedente de esta jurisprudencia es la sentencia resolutoria del caso *Hicks v. United States* (1966). Se refiere a un paciente que acudió al médico de la *United States Naval Amphibious Base* por sus frecuentes vómitos y sus fuertes dolores abdominales. Después de diez minutos, el doctor diagnosticó gastroenteritis, recetándole determinados me-

mon Law, pueden citarse algunas aplicaciones significativas: los asuntos *Prior v. McNab* (1977, Canadá) y *Sellars* (1994, Australia).

El primero es de una víctima que sufrió lesiones cerebrales permanentes como consecuencia de la brutalidad de un policía, por lo que acudió a un abogado para reclamar su reparación. El abogado dejó transcurrir el plazo de prescripción de 6 meses fijado por la *Public Authorities Act*, por lo que fue demandado por su cliente. El Tribunal reconoció que la representación ideal de los acontecimientos, como si no hubiera mediado el hecho ilícito, era en el caso especialmente compleja. Se trataba de imaginar, dentro del proceso, el resultado al que habría dado lugar ese otro proceso que no pudo iniciarse por la negligencia profesional del abogado (*trial-within-a-trial*). Pero, aunque esa representación ideal no arrojaba resultados concluyentes, el Tribunal estimó que la víctima había perdido «algo» que debía ser objeto de valoración. Además, parece delimitar el espacio de la pérdida de oportunidad, entendida como probabilidad de éxito (*«probability of success»*) o expectativa de éxito (*«prospects of success»*), situándola entre la certeza de la victoria (*«certainty of victory»*) y la certeza de lo contrario (*«certainty of failure»*)(893). En el segundo caso, se estimó que, de no haber mediado el hecho ilícito, las probabilidades de que la víctima hubiera obtenido un determinado beneficio contractual eran del 40%; y, partiendo del *Loss-of-Chance Approach*, se condenó a una indemnización correspondiente a los beneficios, reducidos en un 40%. Para el Tribunal, el fundamento de la resarcibilidad de la oportunidad contractual o comercial (*commercial chance*) fue que ésta constituye un *«actual loss or damage incurred, as distinct from potential or likely damage»*(894).

En Francia, la abundante literatura consagrada al daño por pérdida de oportunidad se refiere, más que al fundamento de su resarcibilidad, a

dicamentos. De vuelta a casa, el paciente comenzó a vomitar, desvaneciéndose. El personal de la *United* no logró reanimarle. El fallecido sufría una oclusión intestinal que fue mortal y que no fue rápidamente tratada. La *United Court of Appeals for the Fourth Circuit* estimó que la conducta médica fue negligente y que sacrificó una oportunidad substancial de sobrevivencia (*«substantial possibility of survival»*). Literalmente: *«When a defendant's negligent action or inaction has effectively terminated a person's chance of survival, it does not lie in the defendant's mouth to raise conjectures as to the measure of the chances that has put beyond the possibility of realization. If there was any substantial possibility of survival and the defendant has destroyed it, he is answerable. Rarely is it possible to demonstrate to an absolute certainty what would have happened in circumstances that a wrongdoer did not allow to come to pass. The law does not in the existing circumstances require the plaintiff to show to a certainty that the patient would have lived had she been hospitalized and operated on promptly»*. Se trata de un *obiter*

dictum que ha tenido una muy considerable repercusión en la doctrina y la jurisprudencia norteamericana. Sobre las diferentes interpretaciones de que esta sentencia ha sido objeto, E. M. FORAN, *Medical malpractice...*, pp. 486 ss.

(893) Los términos en que se expresó fueron exactamente: *«There is a scale of possibilities, from certainty of victory at the top, through a probability of success, some prospects of success, to certainty of failure at the bottom. Anything above certainty of failure gives right to damages. Therefore, even if the plaintiff could not establish that he probable would have succeeded against the policeman, and even if the Court were unable to conduct a substitute trial of such an action, the question the judge must nevertheless ask and answer is: did the plaintiff have a right of value, a chose in action of reality and substance, arising out of his injury at the hands of the policeman?»*

(894) A esta sentencia me he referido ya en los Capítulos I (aps. II.1.5) y II (ap. I.1).

los criterios con que apreciarlo y cuantificarlo (895). No obstante, la teoría tiene cierto arraigo en el Derecho francés (896). Su máximo exponente es el profesor de la Universidad de París XII, François CHABAS, que viene insistiendo en la necesidad de desvincular la figura del perjuicio final y, por tanto, de configurarla autónomamente (897). Los Tribunales sólo contemplan la resarcibilidad de las oportunidades serias y reales invocando a veces la idea de que la *chance* es una cosa. Desde los años setenta, cierta jurisprudencia se ha posicionado en la perspectiva ontológica y, desde los ochenta,

(895) La profesora CRESPO MORA ha constatado cómo «pese a que el origen de la teoría de la *perte d'une chance*, así como el desarrollo de sus postulados se debe a la doctrina y jurisprudencia galas, la doctrina de este país apenas se ha pronunciado sobre este extremo» (*La responsabilidad...*, cit., nota 112, p. 288). Así, por ejemplo, la profesora VINEY en su segundo tomo sobre la Responsabilidad Civil (*Les conditions...*, cit., pp. 72-85) dedica un buen número de páginas al tema de los límites de la aplicabilidad de la doctrina, pero bastante pocas a la de su naturaleza (pp. 71-72). Maria FEOLLE ha apuntado dos razones que pueden explicar en parte el fenómeno: la menor propensión del jurista francés a las categorías germánicas de tipo dogmático y la escasa polémica que en el Derecho galo suscita la cuestión de la pérdida de oportunidad (*Il danno...*, cit., p. 53).

(896) La profesora VINEY (*idem*) señala que no resulta tan sorprendente que se indemnice la pérdida de *chance* si se tiene en cuenta que jamás nadie ha puesto en duda que un billete de lotería —que no es más que un título representativo de una *chance*— tenga un valor económico y pueda venderse (p. 71). Tal aseveración revela la adscripción de la referida autora a una teoría autonomista. La insistencia en que las *chances* no pueden ser demasiado hipotéticas (*trop hypothétique*), debiendo ser reales (*réelle*) y serias (*sérieuse*), determina, por lo demás, que tal teoría sea de carácter moderado (pp. 80-81). Se adscriben a esta tesis, además, autores como A. BENABENT, *La chance...*, cit., p. 180 y N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *Responsabilité délictuelle*, Litec, Paris, 1969, quien señala que «une chance de gain a une valeur en soi» (p. 36); y puntualiza que este valor, que debe ser necesariamente inferior al de la ventaja pretendida (nota 66, p. 37), es el que corresponde al porcentaje que se determine en función de la probabilidad que de obtenerla se contara (p. 37). Hay que señalar que, siendo claro que el planteamiento mayoritario considera que la

pérdida de una *chance* es un daño en sí mismo, tal daño se considera a veces como un perjuicio de carácter moral.

(897) Para CHABAS la ausencia de prueba de la relación causal entre la pérdida de la ventaja y la conducta culpable constituye un elemento indispensable para hablar de pérdida de *chance* (*La perdita...*, cit., p. 228). Pero, frente al planteamiento de otros autores (BORÉ), entiende que la relación causal que queda afirmada y que habilita la condena resarcitoria va referida, no al perjuicio final (a través de la ruptura del dogma de la indivisibilidad de la causa), sino a la pérdida en sí de la oportunidad de obtener aquella ventaja, que constituye una entidad económica frustrada que se valora en función de su consistencia probabilística (*idem*). Lo que crea confusión es, pues, según este autor, que la valoración de las *chances* se haga con referencia a otro daño, que, en supuestos de responsabilidad médica, es la muerte (pérdida de una oportunidad de sobrevivencia) o la enfermedad (pérdida de una *chance* de curación) (*ibidem*, pp. 242-243). Pero, a su juicio, la circunstancia de que deba tenerse en cuenta la cuantía del beneficio final no impide que la pérdida de una *chance* seria represente un perjuicio distinto, autónomo y diferenciado. Así, pues, la única causalidad que tiene que constar es la que liga el hecho imputable con la pérdida de la oportunidad y no la que puede vincular el hecho imputable con la falta de realización de ella. Esta segunda relación etiológica es por definición imposible de afirmar y, a su vez, tal imposibilidad forma parte del supuesto de hecho considerado, dado que, de existir la ligazón causal, no se estaría ante una oportunidad perdida, sino ante una ventaja inconseguida. Por eso este autor insiste en que, con la teoría de la *chance*, así entendida, no se altera en absoluto la configuración tradicional del nexo causal, sino que a partir de ella se fija la existencia de un nuevo tipo de daño.

esta tendencia parece predominar, configurándose la *chance* como una especie dañosa *sui generis*(898). Por influencia francesa, este planteamiento puede leerse en Bélgica, en sentencias de la *Cour de Cassation*, como la de 19 de enero de 1984 [en relación con la pérdida de una oportunidad médica(899)], en Suiza, donde ha sido defendido por Christoph MÜLLER, en su monografía sobre la cuestión(900); y Jonathan SELVADORAY, en un artículo publicado en lengua española(901); y en la jurisprudencia del Tri-

(898) Según SOUPLET (*La perte...*, cit., p. 54) desde finales de los años setenta y principios de los ochenta se adivina una configuración alternativa del daño por pérdida de oportunidad, como un «*dommage sui generis*». Por su parte, el profesor F. CHABAS (*La perdita...*, cit., pp. 228, 231, 243) considera que siguen una doctrina autonomista la Sala primera de lo Civil, por ejemplo en la sentencia de 24 de marzo de 1981; y la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (*ibidem*, p. 243). En esta línea, puede citarse la sentencia del Tribunal de Apelación de París de 21 de noviembre de 1970, confirmada por el Tribunal de Casación por sentencia de 4 de mayo de 1972. Un sujeto apostó un dinero a que el caballo de nombre Scallywag cruzaría la meta en primer, segundo o tercer lugar. Poco antes de llegar a la meta el animal corría en segundo lugar cuando fue adelantado por la derecha. Instantes después, justo antes de que finalizara la carrera y ante el intento de un tercer competidor de sobrepasarle por la izquierda, el Jockey retuvo el caballo, alcanzando la meta en cuarta posición. El jugador habría ganado 100.000 Francos franceses si el caballo por el que apostó hubiera entrado entre los tres primeros. El Tribunal de primera instancia no estimó su petición resarcitoria, pero la *Cour d'appel* lo hizo parcialmente. Consideró que las carreras hípcas son intrínsecamente aleatorias, pero que, atendidas las circunstancias del caso, resultaba claro que la culpa del Jockey había hecho perder una seria posibilidad de obtener un beneficio y que tal pérdida no constituye un perjuicio eventual e hipotético («*constitue non un préjudice éventuel et hypothétique*») sino un perjuicio actual y cierto («*mais un préjudice actuel et certain*») que está ligado por un nexo de causa a efecto por el incumplimiento por parte del jinete de sus obligaciones («*qui est unie par un lien de cause à effet au manquement du jockey à ses obligations*»). Ese daño fue valorado en la cantidad de 15.000 Francos franceses. Un comentario de esta sentencia en C. MÜLLER, *La perte...*, cit., pp. 57-58.

(899) Un paciente fue tratado en un

hospital por la fractura de la pierna derecha. Pese a los dolores y la evidentemente inflamación de sus articulaciones, el enfermo no fue atendido durante el fin de semana, debiéndosele amputar después la pierna a causa de una gangrena. Acreditada la negligencia profesional del médico que debió diagnosticar con antelación un principio de gangrena, la *Cour d'appel* condenó al médico a la reparación de una *chance de guérison*, valorada en un 80% de la indemnización que le habría correspondido a la víctima de haberse demostrado que, con una pronta intervención, ésta habría mantenido la extremidad. Sobre esta sentencia, C. MÜLLER, *La perte...*, cit., p. 150.

(900) El civilista suizo se ha adscrito a esta tesis, basándose especialmente en la exposición llevada a cabo por CHABAS y señala, consecuentemente, que el daño por pérdida de *chance* es un perjuicio independiente del perjuicio final, al que llama perjuicio absoluto para diferenciarlo del otro, que denomina perjuicio relativo (*La perte...*, cit., pp. 379, 380, 388). Estima, en definitiva, que la pérdida de oportunidad supone privar al perjudicado de una «*propriété antérieure*», dotada de un valor independiente (*ibidem*, p. 390). En este orden de ideas, pero limitando sus consideraciones a las oportunidades médicas, señala que la solución dogmática al problema de la pérdida de *chance* consiste en distinguir dos lazos causales: el que liga la negligencia médica y la pérdida de la ventaja final, que no puede ser demostrado; y el que liga esa misma negligencia con la pérdida de la oportunidad de sobrevivencia o curación, entendida como entidad económica de la que disponía el perjudicado, que debe ser probado por la víctima (*ibidem*, p. 241).

(901) Influido por una doctrina francesa (VINEY, LE TOURNAU), el autor afirma que la pérdida de oportunidad es un «perjuicio cierto» que «tiene un valor» (*Pérdida...*, cit., pp. 1402-1403). Insiste en que no equivale al *lucrum cessans*: «Ambas nociones representan un perjuicio cierto, pero respecto a la pérdida de oportunidad

bunal Europeo de Derechos Humanos(902). También hay aplicaciones jurisprudenciales de esta doctrina en Holanda(903). Fuera de Europa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos parece concebir la frustración de una posibilidad seria y real de ganancia como la pérdida de un objeto valorable económicamente(904), al igual que literatura científica(905) y el Derecho judicial argentinos, del que son expresión las sentencias de la Cámara Nacional Civil(906) de 17 de junio de 1981(907) y 21 de diciembre del mismo año 1981(908).

no se trata de evaluar la pérdida de la pretensión del peticionario, sino la pérdida de la oportunidad de conseguirla» (p. 1404).

(902) Así, en las SSTEDH de 9 de abril de 1984, resolutoria del caso *Goddi*; 12 de febrero de 1985, resolutoria del caso *Collozza*; y 9 de diciembre de 1990, resolutoria del caso *Delta*. A esta cuestión me he referido en Cap. II, ap. III.2.2.

(903) Así, el asunto *Gem. Heesch/Reijs* resuelto el 13 de febrero de 1981 por sentencia del *Rechtbank* confirmada después por el Tribunal de Casación. *Vid.* Cap. II, ap. II.1.

(904) Así, la SCIDH de 27 de noviembre de 1998, resolutoria del caso *Castillo Páez c. República del Perú*, comentada en Cap. II, ap. IV.1.2.

(905) El profesor MOSSET ITURRASPE (*Frustración...*, cit., pp. 66, 68, 72) considera que «nunca puede identificarse la pérdida de la «chance» con el eventual beneficio frustrado, dado que aquélla siempre se mueve, en mayor o menor medida, en el ámbito de lo conjetural» porque lo perdido no es la ventaja apetecida sino la posibilidad misma de conseguirla, debiéndose tener en cuenta que «si la expectativa frustrada era muy general y vaga, no cabría la indemnización por tratarse de un daño puramente eventual o hipotético»; ZAVALA DE GONZÁLEZ (*Daños...*, cit., p. 457) escribe que «lo resarcible es la eliminación de la «chance» misma, que algún valor tiene, y no del objeto al que la «chance» tendía»; ZANNONI (*El daño...*, cit., p. 77) entiende que «lo frustrado, en realidad, es la *chance* y no el beneficio esperado, como tal»; TANZY (*La responsabilidad...*, cit., p. 331) dice que «la pérdida de una posibilidad de ganancia constituye por sí misma un daño cierto resarcible» cuando «adquiere las características de probabilidad» porque si es «vaga y general no corresponde la reparación porque se ingresaría en el campo de los daños eventuales e hipotéticos»; y GHERSI (*Teoría General...*, cit., pp. 400-402), entrecomillando los párrafos de una sentencia de la Cámara Nacional, exponente del criterio al que se atiene este alto Tribunal, señala que

«[l]a indemnización por pérdida de «chance» no se identifica con la utilidad dejada de percibir, sino que lo resarcible es la «chance» misma, la que debe ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta», y que «[l]a «chance» configura un daño actual —no hipotético—, resarcible cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrado por el responsable». En Perú, DE TRAZEGNIES GRANDA afirma en esta línea que «[n]o cabe duda de que una chance tiene mucho menos valor que una victoria consumada; pero no deja de tener valor y constituye en sí misma un interés jurídicamente protegido» (*La responsabilidad...*, t. II, cit., p. 47).

(906) Resumidas por M. ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento...*, pp. 445 ss. Es posible que el Derecho argentino haya aceptado esta teoría bajo el influjo de la experiencia italiana, que se expone a continuación.

(907) La sentencia declaró: «*La incertidumbre es la característica definitoria de la «chance», pues si así no fuera, si el bien o el mal futuro resultare cierto, no habría probabilidad perdida sino directamente daño a un bien que habría de llegar de todos modos. Está en juego una «oportunidad» que el causante del daño impide, pero no la ventaja de la pérdida o el mal evitado, pues se manejan siempre en el concepto de «chance» probabilidades a favor y probabilidades en contra que no es posible definir por causa del daño. La «chance» frustrada no es más que privar a alguien de la oportunidad de participar en un hecho o evento de resultado incierto, aunque probable en grado serio; importa reclamar la imposibilidad de entrar en la disputa o evento en el cual se habría definido la obtención o no del beneficio; de ahí que el monto del resarcimiento no se determina por el daño o por el beneficio esperado, sino por la pérdida de la oportunidad, lo que es naturalmente menor.*».

(908) Declara lo siguiente: «*En materia de daños, al lado de lo actual y lo futuro, de lo cierto y de lo incierto, se presentan situaciones en que el comportamiento antijurídico ha interferido*

Italia es, probablemente, el país en el que la teoría ontológica goza de mayor predicamento. Los juristas cisalpinos han reflexionado en torno a la naturaleza del daño por pérdida de oportunidad, enfatizando más que los de cualquier otro sistema su carácter de *pregiudizio a se stante*. Dejando al margen la opinión de algunos autores [que reconocen la resarcibilidad de la figura con base en otros fundamentos(909) o que la niegan con base en la teoría de la identificación total(910)], la mayor parte de la doctrina considera que la *chance* constituye un bien económico cuya privación explica el surgimiento del crédito resarcitorio.

Se trata de la tendencia inaugurada en un artículo publicado en 1931 por Piero CALAMANDREI(911). El máximo exponente de esta doctrina en el Derecho italiano es hoy Maurizio BOCCHIOLA. Para este autor, la oportunidad perdida tiene su «propia relevancia» y su «propio valor particular»(912). La posibilidad en sí misma considerada constituye un bien ya integrado en el patrimonio jurídico de la víctima en el momento que se verifica el hecho dañoso(913). Por eso es incontestable que el valor económico de esa posibilidad, cuando ha sido injustamente sacrificada, debe restituirse(914). La singularidad del planteamiento del Profesor de la Universidad de Milán es que, bajo su perspectiva, la *chance* no es resarcible si su entidad probabilística no supera el límite del 50%(915). El espacio dentro del cual la doctrina de la pérdida de oportunidad tiene algo que decir se acota así entre la frontera del 50% y el dintel de certidumbre por encima del cual se afirma la causalidad entre el hecho ilícito y el perjuicio final, que en el Derecho italiano se sitúa, según dijimos,

en el curso de los acontecimientos de un modo que no puede saberse si el afectado por dicho comportamiento habría o no obtenido cierta ventaja o evitado cierta pérdida en el caso de no producirse ese comportamiento. Cuando la posibilidad frustrada era muy general y vaga, ella no es indemnizable ya que se trataría de un daño puramente eventual o hipotético. Cuando la posibilidad, en cambio, de obtener la ganancia o de evitar la pérdida era bastante fundada, cuando más que su posibilidad era una “probabilidad” suficiente, la frustración de ella debe ser indemnizada, pero esta indemnización es de la “chance” misma, la cual por su propia naturaleza es siempre problemática en su realización. A este respecto la doctrina aconseja formular un razonado balance de perspectivas en pro y en contra y del saldo de las mismas extraer la proporción del resarcimiento».

(909) Así, Alessio PACCES y Anna Maria PRINCIGALLI, cuyos planteamientos estudio en Cap. VII, ap. II.1, nota.

(910) Me refiero a Marco ROSSETTI y Francesco Donato BUSNELLI, cuyas tesis he expuesto en los Capítulos II (ap. III.3), III (ap. I.2) y V (ap. I).

(911) *Limiti...*, cit., pp. 267 y ss. Según el genial procesalista, cuando, con base en un análisis estadístico, se concluye que había una posibilidad apreciable de victoria en un proceso jurisdiccional que se perdió por culpa del profesional forense, el cliente tiene derecho a indemnización. Esa oportunidad perdida constituye, a su juicio, una entidad dotada de contenido patrimonial positivo cuya privación representa un daño emergente. Recuérdese que la crítica al cálculo exclusivamente estadístico de probabilidad se ha realizado en el Capítulo IV (ap. III.3.2).

(912) M. BOCCHIOLA, *Perdita...*, cit., p. 84.

(913) *Ibidem*, p. 86.

(914) *Ibidem*, p. 87.

(915) *Perdita di una «chance»...*, cit., p. 101. Según puntualiza M. FRANZONI (*Dei fatti...*, cit., nota 12, p. 824), fue BOCCHIOLA quien propuso por primera vez la utilización del 50% como nivel de probabilidad a partir del cual puede resarcirse la *chance*.

en algún punto cercano al 80% (916). Esta tesis ha sido acogida favorablemente en Italia por otros autores (917) y la Sección Laboral de la Corte de Casación (918).

(916) El autor justificó la propuesta con el siguiente argumento: «*Infatti, in presenza di una percentuale sfavorevole, superiore a quella favorevole, non vi è alcuna ragione che possa giustificare la prevalenza della seconda sulla prima e, quindi, la risarcibilità di un danno non dimostrato*» (Perdita..., cit., p. 101).

(917) G. GIOVAGNOLI, *L'elemento oggettivo: il danno ingiusto*, en G. GARRI/R. GIOVAGNOLI, *Responsabilità civile delle amministrazioni e dei dipendenti pubblici*, itaedicioni, Torino, 2003, p. 104; R. PARTISANI, *Lesione...*, cit., pp. 582-589; y, no con toda claridad, A. RAFFI, *Danni alla professionalità e da perdita di «chances»*, en AAVV, *Danno biologico e oltre. La risarcibilità dei pregiudizi alla persona del lavoratore*, dir. M. Pedrazzoli, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 83-84.

(918) En este sentido, no puede dejar de mencionarse la sentencia casacional 6506/1985, que es la segunda del Tribunal Supremo italiano que se atiene a la doctrina de la oportunidad perdida y la primera que lo hace claramente, con cita velada, pero inequívoca, desde los presupuestos teóricos sentados por el referido profesor. El Alto Tribunal estimó que una empresa había sacrificado una posibilidad de participación y superación de un concurso. La sentencia es extremadamente interesante porque no se limita a afirmar la procedencia de una indemnización en concepto de pérdida de oportunidad, sino que se explaya en cuestiones tales como el fundamento de su resarcibilidad, los porcentajes de probabilidad que es preciso utilizar y los criterios que han de gobernar la actividad cuantificadora. En primer lugar, critica el criterio tradicional (que hemos denominado teoría del todo o nada con rigurosidad probatoria) al que se atuvo el juez *a quo*, reprochándole que no explica cómo podía el trabajador aportar la prueba, verdaderamente diabólica, de que habría superado el examen, lo que, por otra parte, contrastaba abiertamente, según dice, con la petición que le fue elevada, que en ningún caso consistió en la pérdida del resultado favorable (que sí es un daño futuro, hipotético e incierto) sino en la pérdida de la posibilidad de conseguir tal resultado. En segundo lugar se detiene en la naturaleza del daño por pérdida de *chance*, adscribiéndose con toda claridad a la teoría autonomista u ontológica. Dice que la pérdida de

chance constituye un daño económico concreto, inmediato y emergente porque consiste en la privación de un bien que estaba ya integrado en el patrimonio de la víctima: «*la chance o probabilità (vale dire effettiva e congrua possibilità di conseguire un certo bene) è anch'essa un bene patrimoniale, una entità economicamente e giuridicamente valutabile, la cui perdita produce un danno attuale e risarcibile tutto che ne sia provata la sussistenza anche secondo calcolo di probabilità*». La cuantía del daño puede ser incierta, pero no su existencia; y el requisito de la certeza como elemento *sine qua non* de la responsabilidad va referido al *an* pero no al *quantum debeatur*. Por eso, según la sentencia, no puede alegarse la incertidumbre que acompaña a la *chance* para excluir su resarcibilidad, porque es una incertidumbre que afecta a la concreta intensidad del perjuicio, pero no a su concreta existencia. Más adelante, se pronuncia sobre la consistencia que ha de tener la oportunidad perdida, es decir, sobre el grado exigible de probabilidad de que la víctima hubiera evitado el daño de no haber mediado el hecho ilícito. Es aquí cuando invoca sutilmente la doctrina del profesor BOCCHIOLA, del que copia casi literalmente el párrafo reproducido más arriba: «*Ai fini della dimostrazione di tale possibilità di risultato positivo può essere sufficiente che il danneggiato provi che essa possibilità sia superiore al 50%: invero – come è stato osservato in dottrina – in presenza di una percentuale di possibilità sfavorevole maggiore a quella favorevole, non vi è ragione alcuna che possa giustificare la prevalenza della seconda sulla prima, e, quindi, la sussistenza del danno*». Adscrita así la sentencia a la teoría autonomista del profesor BOCCHIOLA, señala que el valor de la *chance* no coincide con el valor del resultado apetecido, sino con el de la mera posibilidad de conseguirlo y que tal valor se concreta aplicando un coeficiente de reducción a la indemnización total (por la pérdida de la ventaja) que tenga en cuenta las probabilidades de que disponía la víctima. En relación con el caso, parte del dato siguiente: de los 91 competidores que se presentaron a la prueba, sólo suspendieron 24. Con base en este dato y en otros reflejados en la sentencia apelatoria, estima que si el trabajador excluido ilegalmente hubiera participado, habría dispuesto de una posibilidad relevante de superarla de más del 50% puesto que más

Desde estos parámetros, se admite la resarcibilidad de la pérdida de oportunidad, si bien su configuración como una especie de daño emergente resulta relativizada, dado que la certeza de su existencia se liga a que el porcentaje de probabilidad de la consecución de la ventaja sea superior al porcentaje de probabilidad de su frustración. Aunque el planteamiento en cuestión se atiene a una concepción autonomista, las soluciones prácticas que aporta se corresponden, en parte, con los derivados de una de las teorías negadoras de la doctrina de la pérdida de *chance*, la de la identificación total con suavización probatoria basada en el criterio de *lo que es más probable*. Quizá por eso, en la actualidad, está imponiéndose tanto en doctrina como en jurisprudencia el criterio favorable a identificar el umbral de seriedad con niveles probabilísticos menores, otorgándose el rango de bien o cosa a *chances* inferiores al 50% (919). Para la mayor parte de los Tribunales italianos, las posibilidades que otorgan rango resarcible a la *chance* son, pues, las que pueden considerarse apreciables (*apprezzabili*) (920), razonables (*ragionevoli*) (921), concretas (*concrete*) (922), no despreciables (*non trascurabili*) (923) o efectivas y congruentes (*effettive e congrue*) (924), es decir, las posibilidades que no son ilusorias ni seguras.

En varias ocasiones la jurisprudencia italiana se ha distanciado explícitamente del planteamiento del profesor BOCCHIOLA. Así, por ejemplo, en la sentencia 436/1998, de 13 de marzo, del Tribunal de Cuentas (*Corte Conti*), Secc. Lombardía, en relación con un curioso asunto fiscal. Se había demostrado que determinados inspectores de Hacienda habían descuidado premeditadamente, a cambio de ciertas comisiones (*tangenti*), el control sobre las operaciones de algunas empresas. En particular, no denunciaron que una aparente actividad de tasación de intereses sobre títulos obligacionales convertibles escondía, en realidad, un reparto entre socios de sumas de dinero en concepto de beneficios, sujeto a un régimen fiscal mucho más

de la mitad de los participantes así lo hicieron. A esta sentencia nos hemos referido con anterioridad en el Capítulo II (aps. II.1 y II.2).

(919) En este sentido, el profesor DE CUPIS (*Il risarcimento...*, cit., c. 1183), al comentar esa primera sentencia que aplicaba un teoría autonomista caracterizada por la utilización de un elevado umbral de seriedad, señaló que, desde su punto de vista, una posibilidad de victoria inferior a la medida del 50% implica también la pérdida de una *chance* y la privación de un elemento actual del patrimonio del sujeto. Cfr., *ex multis*, G. BACOSI, *Dall'interesse...*, cit., p. 126; E. M. BARBIERI, *Riflessioni...*, cit., p. 740; C. DI GIACOMO, *Il danno da lucro cessante e l'evoluzione dei criteri risarcitori attraverso gli orientamenti della giurisprudenza*, en AAVV, *Danno emergente. Lucro cessante. La riduzione della capacità valorativa: opinioni a confronto*

per un problema di attualità, dir. G. Cannavò, Acomep, Pisa, 1997, p. 131; A. DI MAJO, *Danno ingiusto e danno risarcibile nella lesione di interessi legittimi*, Corr. giur., 2000/3, p. 394; M. FRANZONI, *Il danno...*, cit., p. 228 y *Dei fatti...*, cit., p. 824; M. PROTTO, *Responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, Urb. app., 2000/9, p. 997; T. TORRESI, *Il danno...*, cit., p. 2073.

(920) Sentencia de la Casación civil 15759/2001, de 13 de diciembre.

(921) Sentencia de la Casación civil 15759/2001, de 13 de diciembre.

(922) Sentencias de la Casación civil 5264/1996, de 5 de junio; 15759/2001, de 13 de diciembre.

(923) Sentencia de la Casación civil 2368/1991, de 7 de marzo.

(924) Sentencia del Tribunal de Lucca de 26 de septiembre de 1990.

severo. La Administración exigió ante la *Corte* que los inspectores respondieran civilmente del daño que su conducta ilegal había producido. La cuestión problemática a la que se enfrentaba el Tribunal era determinar cuál habría sido el resultado del adecuado control fiscal y del juicio tributario que, consecuentemente, habría tenido lugar, como si los inspectores no hubieran faltado a su deber de vigilancia. Si de ese hipotético juicio tributario hubiera resultado una condena a las empresas involucradas a abonar determinadas cantidades, podría afirmarse que, como consecuencia del comportamiento reprochable de los inspectores, la Administración habría dejado de percibir determinados ingresos; si, por el contrario, hubiera resultado una sentencia absolutoria, que reconociera la licitud fiscal de las actividades descontroladas, la Administración no habría obtenido nada, no pudiéndose afirmar la existencia de un daño cierto. A juicio del Tribunal, era probable que el juez tributario hubiera declarado la licitud de las operaciones porque eran de carácter elusivo y no evasivo. Sin embargo, tal cosa no obstaba al reconocimiento de un daño resarcible consistente en la pérdida de las posibilidades positivas de victoria en el proceso tributario. Tal daño representa, según la sentencia, un perjuicio concreto, actual y cierto, identificable con la pérdida de unas perspectivas favorables ya presentes en el patrimonio de la Administración. La circunstancia de que en el caso fueran mayores las probabilidades desfavorables que las favorables es, para la *Corte*, perfectamente compatible con la apreciación de un daño por pérdida de *chance*, habida cuenta de que su subsistencia no depende de que la prueba de la posibilidad de consecución del resultado sea superior al 50% (925).

En esta línea, la sentencia del Tribunal de Casación de 22 de abril de 1993 (núm. 4725) estimó que el incumplimiento por parte del empresario comportó al trabajador la pérdida de una posibilidad. Se trata de un pronunciamiento verdaderamente importante en lo que refiere, tanto a la cuestión de la apreciación de la existencia de la *chance*, como a la técnica de su valoración. Se precisa que la pérdida de oportunidad, entendida como daño emergente, se produce cuando se alcanza «la razonable certeza de la existencia de una no despreciable probabilidad favorable (no necesariamente superior al 50%) y puede determinarse aplicando al parámetro constituido por las retribuciones que habrían correspondido en caso de promoción (ventaja final pretendida) un coeficiente de reducción que tenga en cuenta ese grado de probabilidades o, cuando este u otro criterio resulte de difícil utilización, acudiendo a la valoración equitativa, la cual exige una motivación adecuada y congruente, que no puede agotarse en la apodíctica y tautológica afirmación de la justicia o equidad de la determinación adoptada» (926).

(925) Literalmente, se declara: «*Consegue alla natura di danno ora tratteggiata, che la sussistenza di questo non dipende dalla prova della possibilità di conseguimento del risultato superiore al 50% in quanto tale maggiore o minore possibilità influisce solo sulla sola quantificazione del danno ma non sulla esistenza*».

(926) Por lo demás, la experiencia ita-

liana en materia de *chance di provvedimento favorevole* revela, tal como veremos (Cap. VII), que el criterio de la preponderancia está claudicando ante una tendencia a afirmar la resarcibilidad de la *chance* cuando se obtiene un coeficiente de probabilidad que no es despreciable, pero que no debe ser necesariamente superior al 50%.

2.3. *Su arraigo en la doctrina civil española*

En España, la teoría ontológica patrimonial (moderada) no tiene el respaldo de la jurisprudencia, pero sí el de la mayor parte de los profesores que se han pronunciado sobre el problema de la pérdida de oportunidad(927). Hay autores que, sin referirse abiertamente al fundamento de la resarcibilidad de la *chance*, parecen adscribirse a ella(928); y profesores que la han desarrollado en estudios de cierta amplitud relativos a la responsabilidad civil en el ámbito de las profesiones médicas y legales. La primera exposición completa de la teoría ontológica de la literatura jurídica española es de la profesora de Derecho civil SERRA RODRÍGUEZ, notablemente influida por la doctrina italiana. Después, se ha adscrito a ella el también civilista LUNA YERGA, quien se ha dejado influir en mayor medida por alguna aportación norteamericana.

Dice la primera que es preciso desplazar «el centro de atención» del plano de la causalidad al del daño(929) porque «si se contempla la pérdida de oportunidad desde la perspectiva del lucro cesante, esto es, como ganancia dejada de obtener por el perjudicado en virtud de la culpa del deudor, resultará imposible demostrar la certeza del perjuicio»(930), pero, en cambio, si se configura como «daño emergente» y se parte de que «este daño consiste en la privación de las probabilidades, ciertas y existentes en el patrimonio del perjudicado, de obtener un resultado favorable (aún incierto),

(927) Sobre el criterio al que se atiene nuestra jurisprudencia, en este Cap., ap. III.2.

(928) Así, J. L. LACRUZ BERDEJO (*Elementos...*, t. II, vol. 2, cit., p. 480) y R. DE ÁNGEL (*Responsabilidad civil...*, cit., pp. 123-124, notas 33-35, 243-247). El primero, al tratar de la certeza del daño, señala que los Tribunales se muestran reacios a reconocer indemnización por la pérdida de una oportunidad de ganancia, pese a que la eventualidad de ésta constituye un «valor patrimonial» apreciable mediante la expresión matemática del cálculo de probabilidades. El segundo se muestra favorable a la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en el marco de la actividad médico-sanitaria, rechazando otros planteamientos alternativos (los que hemos calificado como teoría de la identificación total con o sin suavización probatoria) y, aunque no se detiene en la cuestión del fundamento de la resarcibilidad de la *chance*, parece inclinarse por la versión ontológica de signo patrimonial cuando se remite a las aportaciones de CHABAS, VINEY y JOURDAIN en la materia. Por otra parte, M. YZQUIERDO TOLSADA *parece situarse en su Sistema* en esta órbita: «la pérdida de oportunidad es un auténtico daño emergente» (p. 153). Pero en otro lugar, matiza más su

postura, señalando que se trata de un «daño auténticamente emergente, y de naturaleza moral» (*Negligencia profesional...*, cit., p. 680). Parece, por tanto, que este autor se sitúa más bien en la teoría ontológica de signo personal, que se estudia después (ap. III).

(929) *Ibidem*, p. 234. Señala así que «[a]plicando esta idea a la responsabilidad médica» señala que «una cosa es que no se pueda establecer con certeza si la lesión ocasionada al paciente fue debida a la culpa del médico o la concurrencia de elementos extraños imprevisibles e inevitables, de manera que sólo se pueda concluir que con cierta probabilidad la conducta del médico causó la lesión al paciente, y otra que pueda demostrarse con seguridad que el médico, con su actuación negligente, limitó las posibilidades de curación o de supervivencia del paciente. Así, mientras en el primer caso habrá de declarar la irresponsabilidad del médico, ante la imposibilidad de demostrar la relación de causalidad entre el daño y el comportamiento del médico, en el segundo, en cambio, podrá declararse la responsabilidad del médico por la privación de la oportunidad de sanar o sobrevivir» (*ibidem*, nota 48, p. 234).

(930) *Ibidem*, p. 237.

podrá quedar demostrado que dicho perjuicio tiene la condición de certidumbre y venir así comprendido en el ámbito de los daños resarcibles»(931). Situada así en el marco de la doctrina autonomista, proyecta el planteamiento sobre las hipótesis de responsabilidad profesional del abogado, subrayando que la pérdida de oportunidad «da lugar *per se* a un daño más o menos grave, la mayoría de las veces de difícil valoración, pero cierto y efectivo, que no puede ser identificado con aquello que hubiera obtenido el perjudicado de haber ganado el pleito y que tampoco puede ser analizado como una real pérdida de bienes, de circunstancias o de situaciones absolutamente seguras»(932). La idea de que la *chance* no constituye «una real pérdida de bienes» resulta confusa, pero, según la aclaración de la autora, quiere decir que «[s]i se pudiera establecer sin duda alguna que la oportunidad perdida habría obtenido un resultado positivo, se habría alcanzado la certeza del daño, pero éste no consistiría en la pérdida de dicha oportunidad, sino precisamente en la privación de aquel resultado positivo»(933). Se establece así el umbral máximo por encima del cual deja de aplicarse la doctrina de la pérdida de oportunidad en favor del criterio de la normalidad o regularidad de los acontecimientos con que apreciar la causalidad entre el daño final y el hecho ilícito. En cuanto al umbral mínimo, cuyo rebasamiento, por debajo, conduce a la negación de la certeza de la *chance* se sitúa, al igual que en el planteamiento del profesor BOCCHIOLA, en la barrera del 50%. En este orden de ideas, señala que «[l]a prueba de la certeza del daño, esto es, de la pérdida de una oportunidad con base suficiente para que hubiera provocado la consecución del resultado último, se alcanzará si se demuestra que las probabilidades de éxito eran estadísticamente superiores a las probabilidades de fracaso (mayores, por tanto, del 50%)». Así las cosas, la determinación de la existencia del daño exige que quede «probado que existían serias posibilidades favorables de obtener una ventaja (al menos iguales o superiores al 50% de las probabilidades)»(934).

Partiendo de las aportaciones del profesor norteamericano Joseph H. KING(935), el profesor LUNA YERGA propone una teoría autonomista al señalar que, en algunos casos de incerteza casual, «es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación o de supervivencia, consideradas a la luz de la ciencia médica, que

(931) *Idem*.

(932) *Ibidem*, p. 236.

(933) *Ibidem*, nota 54, p. 236.

(934) Téngase en cuenta que, en otro lugar, las palabras de la autora pueden dar a entender que son indemnizables las *chances* de consistencia inferior al 50% que, no obstante, se acerquen a este grado de probabilidad: «si el perjudicado alega que ha sufrido por la negligencia del abogado una lesión o una expectativa legítima, pero de la indagación efectuada resulta que las probabilidades perdidas no tienen entidad suficiente para crear el convencimiento de que aquella ventaja esperada podría haberse concretado (son *considerablemente infe-*

riores al 50%), aquella lesión no deberá ser reparada, en tanto que no se puede sostener que jurídicamente existía daño o perjuicio resarcible» (la cursiva es mía). De la lectura de este párrafo parece deducirse que si las probabilidades *no son considerablemente inferiores al 50%*, esto es, si se acercan a la barrera que marca esa cifra, aunque no lleguen a superarla, sí hay daño resarcible. No obstante, la autora desmiente poco después esta idea al exigir como condición de la resarcibilidad de la figura que tales probabilidades sean *al menos iguales* al 50%.

(935) Que se exponen después, en este Cap., ap. II.3.

deben ser indemnizadas»(936). Por eso, en su libro sobre la prueba en la responsabilidad civil médico-sanitaria, señala que «el nexo causal se establece, no entre la actuación médica y el daño efectivamente sufrido por el paciente, sino entre la primera y un daño abstracto representado por la pérdida de oportunidades de curación con base en un cálculo de probabilidades»(937). El autor plantea la cuestión de si la operatividad de la doctrina de la *chance* ha de limitarse exclusivamente a aquellos casos en que las posibilidades de realización sean inferiores al umbral de certeza o si, por el contrario ha de extender su aplicación a todos los casos, incluso aquellos en que la probabilidad sea superior al estándar de persuasión, justificándose entonces una reducción proporcional al número de probabilidades desfavorables en supuestos en que, de aplicarse las reglas tradicionales sobre prueba, se obtendría una compensación total por los perjuicios sufridos por la víctima(938). El autor se abstiene de dar una respuesta clara dando a entender que no hay soluciones generales válidas y que es preciso valorar en cada caso la procedencia o la improcedencia de la extensión la doctrina de la pérdida de oportunidad por encima del dintel de certeza, según las

(936) *Oportunidades perdidas...*, cit., p. 3. En algún pasaje de este artículo, LUNA YERGA da a entender que sigue la teoría de causalidad probabilística, que se analiza en Cap. VII: «En este trabajo la doctrina de la pérdida de oportunidad se entiende como una teoría de causación probabilística (Probabilistic Causation)» (idem); «En este trabajo se considera que la doctrina de la pérdida de oportunidad como un instrumento de facilitación probatoria que interviene en aquellos procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria en que, conforme a las reglas tradicionales de prueba, no hubiera sido posible acreditar la relación de causalidad entre la negligencia médica y el daño sufrido por el paciente» (*ibidem*, p. 15). Pero tales aseveraciones se hacen a la luz de la doctrina del profesor KING, que afirma una teoría autonomista; y señala en otro lugar que «(e)l daño viene así constituido por la oportunidad de curación o supervivencia perdida a consecuencia de la actividad médico-sanitaria establecida en función de la experiencia común (daño intermedio) y no por los totales perjuicios sufridos por el paciente (daño final)» (p. 4). Además, en su libro sobre la prueba en la responsabilidad civil médico-sanitaria queda claro que, en su concepto, la oportunidad perdida constituye un bien preexistente en el patrimonio de la víctima: «la evolución jurisprudencial y doctrinal comparada de la pérdida de oportunidad (...) ha transformado este instrumento procesal, que nació para aligerar la prueba de la causalidad, en una teoría sobre la calificación o determinación del

perjuicio que permite tener por acreditado un daño puramente hipotético (...). Es por este motivo que la indemnización esperada en los casos en que resulta de aplicación la teoría de la pérdida de oportunidad se corresponde, no con el concreto perjuicio sufrido por el paciente sino que se convierte en una reparación específica por el valor la oportunidad perdida» (*La prueba...*, cit., pp. 458-459). El autor se muestra partidario de la aplicación de la doctrina de la pérdida de *chance* en el marco de la responsabilidad médica y lo hace partiendo de una concepción ontológica, no porque esté convencido de la *realidad* de la oportunidad perdida, sino, probablemente, porque es consciente de la afrenta que supone a la concepción clásica de la causalidad. Suscribe en este sentido la opinión, que será analizada después (en este Cap., ap. II.4.1), del profesor YZQUIERDO en cuanto a que la doctrina de la pérdida de oportunidad constituye una ficción con la que brindar tutela resarcitoria en supuestos en los que no ha quedado acreditada la causalidad entre el hecho ilícito y el perjuicio final. Por eso, es decir, porque lo que le lleva a adherirse a la teoría ontológica son más bien consideraciones de justicia material y eficacia preventiva, no centra su atención en la cuestión de la naturaleza del daño por pérdida de oportunidad y por eso, quizá, incluye en su trabajo pasajes en los que da la sensación de que se adscribe a la denominada teoría de la causalidad probabilística.

(937) *Oportunidades perdidas...*, cit., p. 6

(938) *Idem*.

concretas circunstancias que se presenten(939). Sin embargo, al final de su artículo sobre las oportunidades médicas, dentro del apartado de conclusiones, se separa netamente del planteamiento extremo de KING, que, según veremos(940), adjudica relevancia de cosa a toda probabilidad de ventaja, tanto cuando son escasas como muy altas. Señala con rotundidad que, en general, en todo el ámbito de la responsabilidad médica, la teoría de la pérdida de oportunidad no sirve para brindar indemnizaciones parciales o proporcionales cuando el grado de probabilidades alcanza el umbral de certeza: «es necesario contener el ámbito de aplicación de esta doctrina para evitar que su aplicación suponga la sustitución sistemática y arbitraria de las reglas tradicionales de causalidad y prueba. (...) [C]uando la probabilidad estadística sea superior al umbral de certeza habrán de indemnizarse los totales perjuicios sufridos por el paciente y no la mera pérdida de oportunidad»(941). Por lo demás, el profesor LUNA, en la línea teórica moderada que estamos analizando y, por tanto, separándose también en este punto de las tesis del profesor norteamericano, no sólo establece un umbral máximo, sino que fija, además, otro mínimo por debajo del cual la doctrina de la pérdida de oportunidad deja de aplicarse. Considera que la víctima que pierde una oportunidad tiene derecho a indemnización cuando existe «una probabilidad significativa»(942) y que no lo tiene cuando las probabilidades estadísticas son «muy reducidas»(943).

Hay, además, una serie de autores que se adscriben parcialmente a esta tesis. Consideran que la naturaleza de la *chance* depende de la de la ventaja final. Si el beneficio esperado era de carácter económico, la privación de la oportunidad perdida de obtenerlo se configura como un daño emergente patrimonial; y si ese beneficio era de naturaleza personal, la frustración de las posibilidades de consecución se considera también un atentado al patrimonio personal de la víctima.

Así, la profesora VICENTE DOMINGO entiende que es admisible la pérdida de oportunidad como daño cierto, presente, no futuro: «Existía una *chance* y se ha perdido definitivamente, ha salido del patrimonio del perjudicado»(944). Desde su punto de vista, la naturaleza de la expectativa perdida depende de la naturaleza de la ganancia o beneficio que se esperaba conse-

(939) Su respuesta es: «Sin entrar en la discusión sobre la preferencia por unas u otras reglas de responsabilidad, que escapa con mucho al objeto de este trabajo, un sector de la doctrina ha recurrido al criterio de las consideraciones sobre la regla de derecho aplicable a cada caso (*Case-Specific Policy Considerations*) apuntado por Wex S. MALONE como instrumento para contener la expansión de la doctrina. Así, cuál es el propósito de la norma vulnerada en cada caso ha de conducir al juzgador aplicar o no dicha doctrina en orden a garantizar su cumplimiento» (*Oportunidades perdidas...*, cit., p. 7).

(940) En este Cap., ap. II.3.

(941) *Ibidem*, p. 15.

(942) *Idem*.

(943) Según dice, «en estos casos el requisito causal se diluye y la indemnización de oportunidades muy reducidas lleva a condenar al médico por el mero incremento del riesgo de sufrir un daño para el paciente, acaso insignificante, lo que contradice los principios de la responsabilidad médico-sanitaria» (*ibidem*, p. 7). Téngase en cuenta que, con anterioridad, el autor escribió, al defender la doctrina de la pérdida de oportunidad frente a la teoría del todo o nada, que «una aproximación más racional permitiría al demandante una compensación por la pérdida de oportunidad incluso aunque ésta fuera muy reducida» (*La prueba...*, cit., p. 452).

(944) *El daño*, en AAVV, *Tratado...*, cit., p. 233.

guir(945). Por eso entiende que, «cuando lo que se pierde es la oportunidad o posibilidad de que se reimplante la mano de un trabajador, la naturaleza de este daño es extramatrimonial o moral» y «cuando lo que se pierde es la oportunidad de reclamar una indemnización por un daño emergente, su naturaleza será patrimonial porque lo que se ha desvanecido es la posibilidad de recuperar ese gasto»(946).

En línea con esta postura, el magistrado ILLESCAS RUS opina que «la frustración de una expectativa actual o de una oportunidad real es un daño en sí mismo»(947). Aunque el resultado de la *chance* es «futuro, aleatorio e incierto», hay desde luego «certidumbre en el perjuicio» que entraña *per se* su obliteración. A su juicio, se trata de un daño emergente que tiene naturaleza pecuniaria o moral dependerá «según los casos». De este modo, el autor hace depender el carácter de la *chance* de la índole de la ventaja apetecida(948).

Se ha sumado también a este tipo de planteamientos la profesora CRESPO MORA en su trabajo sobre *La responsabilidad del abogado en el Derecho civil*. A su juicio, «la relación de causalidad no plantea ningún tipo de problemas ni sufre ningún tipo de alteración en estos casos [de pérdida de oportunidad procesal]»(949). Los autores que, en cambio, consideran que las hipótesis de pérdida de *chance* expresan un problema de incertidumbre causal no enfocan la cuestión correctamente, pues parten de «un daño equivocado»(950). Según ella, el perjuicio que en estos casos se resarce es la pérdida, no de la ventaja que se habría obtenido a través de la sentencia favorable, sino la de la oportunidad en sí(951). Por eso, «el curso causal no se ha de establecer respecto del resultado que no se sabe si se habría producido, sino respecto del hecho de haber perdido la oportunidad de obtenerlo»(952). Por lo demás, la autora se adhiere explícitamente a la doctrina francesa e italiana que considera que la *chance* resarcible es la que «reúna un mínimo de seriedad o razonabilidad». Se aviene así a la teoría ontológica clásica, siendo claro que la doctrina de la pérdida de oportunidad deja de

(945) *Ibidem*, p. 247.

(946) *Ibidem*, pp. 247-248.

(947) *El daño...*, cit., p. 256.

(948) El autor ilustra su postura a través del ejemplo del opositor a quien las lesiones le impiden presentarse al ejercicio: «además de desaprovechar el importe de los derechos de examen previamente abonados (daño patrimonial emergente real), pierde la oportunidad de ser oído por el tribunal (daño extrapatrimonial cierto) y, naturalmente, la probabilidad de superarlo, y con ello obtener satisfacciones emocionales (beneficios psíquicos eventuales), y un puesto de trabajo y consecuentes ingresos pecuniarios (beneficios patrimoniales igualmente inciertos); pero también la de retirarse o suspender, sufriendo así no sólo la natural decepción o desencanto (daño moral incierto), sino también la im-

posibilidad de obtener las ganancias que le proporcionaría el cargo o empleo al que aspiraba (daño patrimonial eventual)».

(949) *La responsabilidad...*, cit., p. 379.

(950) *Ibidem*, p. 380.

(951) *Idem*. Señala en este sentido que «aunque, *stricto sensu*, el abogado no haya privado a su cliente de una sentencia estimatoria de sus pretensiones, está negando a éste un fallo judicial que podría haber sido favorable a sus intereses. Así pues, junto a ese daño futuro e incierto, se produce otro actual y real: la pérdida de unas expectativas procesales» (*ibidem*, p. 365). Por eso entiende que «de lo que realmente se priva es de las esperanzas, de la probabilidad de conseguir ese resultado favorable» (*ibidem*, p. 368).

(952) *Ibidem*, p. 380.

aplicarse cuando el éxito del proceso puede asegurarse⁽⁹⁵³⁾. En cuanto a la naturaleza de este daño, sostiene, en la línea de la profesora VICENTE DOMINGO, que «un criterio para determinar el carácter moral o patrimonial del daño consistente en la pérdida de oportunidad procesal puede ser el de atender a la naturaleza de la pretensión fallida. Según el mismo, las pérdidas de pretensiones procesales no patrimoniales generarán daños morales, mientras que la privación de pretensiones patrimoniales sólo provocará daños de este mismo tipo»⁽⁹⁵⁴⁾.

Al igual que esta autora, pero refiriéndose a las oportunidades perdidas en todo género de casos, la profesora Maite María NAVEIRA ZARRA, considera que «el objeto de la reparación (...) no es, a diferencia de lo que ocurre con el lucro cesante, la ventaja o ganancia cuya adquisición no se ha verificado a causa del hecho dañoso, sino que, por el contrario, lo que demanda reparación es la pérdida o frustración de la posibilidad de dicha adquisición en sí misma considerada y, como tal, cierta en sí misma»⁽⁹⁵⁵⁾. En cuanto a su naturaleza, concluye la autora que «el daño consistente en la pérdida de oportunidad merecerá la calificación de patrimonial o de extrapatrimonial en función de la naturaleza que corresponda al interés que ha resultado afectado a causa de la frustración de la posibilidad misma de su satisfacción»⁽⁹⁵⁶⁾.

3. LA TEORÍA ONTOLÓGICA RADICAL

3.1. *Significado*

La teoría ontológica patrimonial expuesta adolece de un evidente defecto. No se comprende cómo es posible que la existencia de una cosa o entidad económica dependa del resultado que arroje un juicio retrospectivo *ex post facto* en torno a la probabilidad de que, borrado el hecho ilícito, la víctima hubiera dejado de sufrir el menoscabo. Si la probabilidad de que el agente dañoso causara el daño es alta y supera el umbral de certeza, la teoría ontológica tradicional entiende que ese bien patrimonial no preexistió porque se aprecia la existencia de lazo causal y se reconoce una indemnización total. Si la probabilidad de causalidad es baja, considera que esa utilidad tampoco estuvo integrada en el patrimonio del perjudicado y deniega la tutela resarcitoria. Si es cierto que la *chance* constituye una propiedad anterior, no se comprende por qué la teoría ontológica clásica olvida este bien cuando las posibilidades de realización son muy claras o excesivamente vagas. Resulta evidente

(953) Entiende la autora que la seguridad que es precisa para afirmar la causalidad respecto del daño final y, de este modo, reconocer el derecho a una reparación total ha de ser plena: «en determinados casos podrá asegurarse *-a priori o a posteriori-* el éxito seguro de la pretensión frustrada. Ello ocurrirá, cuando el porcentaje de prosperabilidad de la misma sea del cien por cien» (*ibidem*, p. 382). Una revisión crítica de este planteamiento en Cap. IV, ap.III.3.1.2

(954) *La responsabilidad...*, cit. 388. No obstante, señala la autora que «hay que admitir que, en determinadas ocasiones, la utilidad del citado criterio resultará cuestionable» (*idem*).

(955) *El resarcimiento...*, cit., p. 92.

(956) *Ibidem*, p. 94.

que esta doctrina *inventa* un bien para justificar el surgimiento del crédito resarcitorio cuando la causalidad está indemostrada y que, si el problema al que se enfrenta (la incertidumbre causal) está resuelto (porque se obtiene la práctica certeza de que el agente dañoso provocó el daño o la práctica certeza de lo contrario), se desvanece la existencia de ese bien, que desaparece «misteriosamente» del patrimonio jurídico del sujeto.

La teoría ontológica patrimonial radical es la que, partiendo igualmente de que la *chance* es una cosa, trata de corregir la contradicción en que incurre la doctrina autonomista moderada. Para esta teoría, la pérdida de la *chance* más insignificante supone la pérdida de un concreto valor económico y, por tanto, el sufrimiento de un daño indemnizable en la medida de su certeza, por más que tal medida sea extremadamente reducida; y, paralelamente, la pérdida de la oportunidad más cualificada implica también la pérdida de un concreto valor económico y, por tanto el sufrimiento de un daño que es, también, indemnizable en la medida de su certeza, por más que tal medida sea extremadamente alta.

Este planteamiento aumenta el ámbito de aplicación que de ordinario se atribuye a la doctrina de la oportunidad perdida⁽⁹⁵⁷⁾. La figura deja de ser, estrictamente, un remedio con que encarar hipótesis de incertidumbre causal en que tan razonable resulta concluir que, borrado el hecho ilícito, el daño habría dejado de ocurrir como que se habría producido en cualquier caso. Consecuentemente, la regla de la responsabilidad proporcional se aplica así tanto a las *chances* en sentido estricto como a las oportunidades genéricas o ilusorias y a las oportunidades perfectas o superespecíficas.

Ésta es la teoría del profesor norteamericano Joseph H. KING, que ha tenido una importante influencia en la doctrina y en la jurisprudencia norteamericana hasta el punto de que se le considera responsable de la creciente utilización de la figura de la *chance* en el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria por parte de los Tribunales estadounidenses⁽⁹⁵⁸⁾. Según el profesor de la Universidad de Tennessee, el daño actual (*actual injury*) no es la ventaja final (*ultimate outcome*) sino la pérdida de la oportunidad (*loss of a chance*); y la destrucción de las expectativas de consecución son siempre indemnizables, tanto cuando rebasan el umbral de certeza que, desde la perspectiva de la doctrina de la causalidad, se sitúa en el 50% (*more probable than not*), como cuando no alcanzan un grado mínimo de seriedad. La doctrina de la pérdida de oportunidad abarca, pues, tanto las *better-than-even chances* (oportunidades de probabi-

⁽⁹⁵⁷⁾ Sobre el ámbito de aplicación normal de la doctrina de la *chance* véase el Cap. I, ap. III.2.

⁽⁹⁵⁸⁾ Sobre la influencia ejercida por el profesor KING, Cap. II, ap. II.2.

lidad supercualificadas, superior al 50%) como las *non-substantial chances* (oportunidades de probabilidad escasa, inferior al 50%) (959).

3.2. *Su escasa acogida jurisprudencial*

Pese a la decisiva influencia que a partir de los años ochenta ha tenido la teoría del profesor KING en cuanto a la consolidación jurisprudencial de la figura en los Estados Unidos, los jueces norteamericanos, al igual que los europeos, no suelen reconocer indemnizaciones proporcionales cuando las probabilidades de consecución superan el umbral de certeza cifrado en el 50% en virtud del criterio (anglosajón) de *lo que es más probable* o en el 80% en razón de la pauta (continental) de *lo que acontece normalmente* (960). Si las probabilidades de causalidad alcanzan ese nivel, los jueces suelen tener por cierto el hecho causal y, si están presentes los demás requisitos que impone la institución resarcitoria, condenan al abono de una indemnización total del daño padecido.

No pueden dejar de mencionarse aquí dos casos de la jurisprudencia inglesa en que se aplicó la doctrina de la pérdida de oportunidad pese a quedar demostrado que las probabilidades de que la víctima hubiera evitado el daño eran mayores que las probabilidades de lo contrario. Se trata, pues, de dos asuntos verdaderamente excepcionales en los que los Tribunales ingleses han dejado de brindar una indemnización total basada en la pauta *more likely than not*, para reconocer en concepto de pérdida de *chance* indemnizaciones proporcionadas a un grado de probabilidades superior al 50%. Se trata de los asuntos *Kitchen v. Royal Air Forces Association* (1957) (961) y *Bagley v. North Herts Health Authority* (1985) (962). Estos pronunciamientos utilizan la doctrina de la pérdida de oportunidad para reducir indemnizaciones que, desde la perspectiva de la causalidad clásica, deberían ser completas.

Sin embargo, sí es más frecuente que la jurisprudencia de algunos países brinde tutela en casos en los que las probabilidades favorables de

(959) J. H. KING, «*Reduction...*», cit., pp. 556-558.

(960) Hay, no obstante, autores norteamericanos que se han sumado a los planteamientos del profesor KING. Así, entre otros, J. KIEFFER, *The case...*, cit., pp. 572 y ss.; y E. M. FORAN, *Medical malpractice...*, cit., pp. 471-503.

(961) Es el caso de una mujer que acudió a su abogado para que reclamara a una empresa de electricidad una indemnización por la muerte de su marido sobre la base del *Fatal Accidents Act*. El abogado dejó transcurrir el plazo anual de prescripción por lo que fue demandado por la cliente. Según parece, el Tribunal estimó que las probabilidades de que la mujer obtuviera una sentencia favorable, que reconociera

su pretensión indemnizatoria de £ 3000, eran del 66% y, pese a que, en principio, con tal porcentaje no habría habido dificultad en afirmar la causalidad, se concedieron £ 2000 en concepto de pérdida de *chance*.

(962) Según la sentencia, quedó demostrada la negligencia del hospital en relación con la muerte de un niño en gestación cuya sangre era incompatible con la de su madre. La indemnización reconocida se correspondió con el 95% del daño sufrido en el entendimiento de que debía descontarse un 5%, que representaba las probabilidades de que aquel niño hubiera nacido muerto aún sin culpa. El asunto, pudo, quizá, por su fecha, estar influido por las tesis del profesor KING.

que gozaba la víctima eran mínimas o escasas(963). Hay así un filón jurisprudencia estadounidense, conocido como *Pure-Chance Approach*, *Pure-Form Approach*(964) o «Any»-*Lost-Chance Approach*(965), inaugurado por el Tribunal Supremo del Estado de Washington con el asunto *Herskovits v. Group Health Coop* (1983), que parte de los planteamientos de KING para indemnizar una *chance* dotada de un reducido nivel de probabilidad.

Herskovits trata de un sujeto que a principios de 1974 acude a un hospital aquejado de una tos dolorosa. Se llevan a cabo pruebas de rayos X, sin que se le detectara el cáncer que estaba sufriendo. A lo largo del año continuaron los dolores por lo que el paciente visitó periódicamente el centro médico, habiéndosele recetado, simplemente, medicina contra la tos. El Tribunal estimó que, cuando a mediados de 1975 se le diagnosticó el cáncer, sus posibilidades de supervivencia eran sólo del 25%(966). El Tribunal, basándose en la teoría del profesor KING, estimó que había un daño indemnizable, que era la pérdida o la reducción de una oportunidad de supervivencia («*loss or reduction of a chance of survival*»).

4. REVISIÓN CRÍTICA

4.1. Análisis crítico de la teoría ontológica del perjuicio patrimonial, en general

La teoría ontológica del perjuicio patrimonial aporta un fundamento a la doctrina de la oportunidad perdida que, al referir el juicio causal al daño en que consiste la pérdida en sí de la *chance*, evita la drástica solución que impone la regla de la indivisibilidad de la causa: la negación de la tutela resarcitoria por tratarse de un perjuicio eventual, cuya ligazón causal con el hecho ilícito no ha quedado demostrada. La doctrina de la *chance*, así entendida, pretende ser, no una doctrina con que reparar daños puramente hipotéticos en supuestos de causalidad indemostrada enfrentada a la teoría general de la causalidad; sino una

(963) Cfr. C. MÜLLER, *La perte...*, cit., pp. 152-153, 106-110.

(964) Téngase en cuenta que algún autor (M. T. MANGAN, *The loss...*, cit., pp. 303-307) incluye bajo la fórmula *pure form approach* la teoría que, sin reconocer abiertamente la doctrina de la pérdida de oportunidad, rebaja el estándar probatorio por debajo del umbral del 50%, afirmando así la causalidad y brindando una indemnización total, referida al daño final (*relaxed causation approach*). Son, no obstante, teorías muy distintas que sólo tiene de común el que indemnizan en supuestos en los que la aplicación de la regla *more likely than not* conduciría a la negación de responsabilidad. La primera teoría es autonomista; y la segunda identitaria; la primera contempla

las *chances* cuyo grado de probabilidad va desde el 0,1% hasta el 50%, indemnizándolas en la medida de tal probabilidad; y la segunda contempla las *chances* cuyo grado de probabilidad oscila, más o menos, entre el 40% y el 100%, indemnizándolas plenamente.

(965) Así la denomina D. L. KEITH, *Loss of chance: a modern proportional approach to damages in Texas*, Baylor L. Rev., núm. 44, 1992, p. 795.

(966) No obstante, según el planteamiento general esbozado (Cap. IV, ap. IV), una probabilidad del 25% puede considerarse seria o apreciable a los efectos de la aplicación de la doctrina de la oportunidad perdida.

teoría con la que apreciar y cuantificar un tipo de daño emergente cuya conexión causal con el hecho ilícito puede afirmarse sin dificultad. De este modo, las teorías ontológicas de signo patrimonial fundamentan un derecho resarcitorio en supuestos de incertidumbre causal ajustándose así al sentido material de justicia que, en algunos de estos casos, parece exigir una reparación proporcionada a las probabilidades de que el hecho ilícito ocasionara el daño; y lo hace, además, sin cuestionar la teoría general de la causalidad. Al configurar la *chance* como una cosa cuya pérdida produce un daño patrimonial, actual y emergente, consiguen explicar el surgimiento del derecho a indemnización sin contradecir los postulados básicos del Derecho de daños en materia de nexo causal.

Proyectadas sobre el Derecho español, las teorías ontológicas de signo patrimonial parecen contener el cuerpo de doctrina que compatibiliza el tenor de las cláusulas resarcitorias de los artículos 1902 CC y 139 LPC (y del resto de preceptos que establecen la exigencia de una causalidad natural o material y cierta o efectiva) con los textos que admiten el derecho a reparación en supuestos en que había sólo una probabilidad seria o real de que el hecho ilícito ocasionara el daño. Sin embargo, la premisa de la que parten estas doctrinas no puede aceptarse lógicamente. A mi juicio, no cabe configurar las probabilidades de consecución de una ventaja como una propiedad que, integrada desde el principio en el patrimonio económico de la víctima, fue privada o destruida irremediabilmente por el agente dañoso.

Si fuera cierto que la *chance* puede existir como propiedad previa o anterior, para determinar su *realidad* habría de examinarse el patrimonio económico del perjudicado y averiguarse si estaba entre sus activos antes de que mediara el hecho ilícito. Sin embargo, la preexistencia del bien al que hacen referencia las teorías ontológicas se verifica a través de un cálculo *ex post* de probabilidades. Según las teorías ontológicas, la existencia y consistencia de una *chance*, captada como entidad económica, depende, no de la situación económica en que se hallaba el perjudicado, sino de los elementos de que dispone el juzgador, una vez producido el evento lesivo, para apreciar si el comportamiento del (aparente) agente dañoso fue *condicio sine qua non* del perjuicio final padecido. Las teorías ontológicas pretenden, en definitiva, que la realidad de una cosa dependa de la cantidad y la calidad de la información de que dispone el órgano decisor para apreciar retrospectivamente el hecho de la causalidad así como de los criterios matemáticos, estadísticos o lógicos que, según los casos, pueden utilizarse al efecto.

Supongamos que son diferentes la cantidad y la calidad de la información disponible en relación con dos supuestos ontológicamente iguales, de manera que el juzgador que los examina puede llegar a la conclusión de que la probabilidad de que el daño derive del hecho ilícito es muy alta (95%), en un caso, y razonable (40%), en el otro. Según la teoría ontológica patrimonial moderada, sólo en el primer supuesto la entidad econó-

mica —que se dice que es la *chance*— preexistía en el patrimonio del perjudicado; y, según la versión revisada, tal entidad está presente en ambos casos, pero su consistencia es mayor en el primero porque mayores son las probabilidades de que el hecho ilícito determinara la inobtención de la utilidad pretendida. Sin embargo, tratándose de hipótesis relacionadas con sujetos dotados materialmente de idéntico patrimonio, ¿cómo puede sostenerse sin ni siquiera examinar los haberes del perjudicado que sólo en un supuesto preexistía un bien que fue injustamente sacrificado; o que, preexistiendo en los dos, la consistencia y el valor de ese bien eran distintos en cada caso?

A su vez, si fuera cierto que la *chance* es una entidad económica, habría que admitir el derecho a indemnización tanto cuando el hecho ilícito suprime, elimina o destruye esa entidad, como cuando, simplemente, la estropea, deteriora o disminuye. La protección resarcitoria brindada a los titulares de bienes patrimoniales no se reserva, naturalmente, a los casos en que el agente dañoso propicia la desaparición o el completo sacrificio de las cosas. Sin embargo, para las teorías ontológicas, la *chance* es una propiedad que sólo se tutela si resulta completamente destruida; y si fuera una propiedad verdaderamente, habría de reconocerse un resarcimiento también cuando el atentado simplemente la estropea, es decir, cuando el hecho ilícito limita, sin coartarlas definitivamente, las posibilidades favorables de la víctima.

La idea ha sido expuesta por el profesor David A. FISCHER (967) partiendo del siguiente ejemplo: un sujeto, camino de una entrevista de trabajo, pierde por culpa de otro la cartera con la documentación que se le había requerido. Parece evidente que la conducta negligente ha reducido notablemente las posibilidades de consecución de aquel trabajo, pero, si la víctima lo obtiene pese a todo, ¿puede seguir manteniéndose que hay un daño actual y emergente? Desde los parámetros de la teoría ontológica se dice que no hay daño porque es preciso que la víctima pierda irremediablemente el bien; que se exige, no ya la reducción de las posibilidades favorables, sino su completa destrucción; pero la circunstancia de que en estos casos se reconozca que no hay daño resarcible es la demostración de que la *chance* no existía como entidad económica preexistente (968). Si la oportunidad fuera ciertamente un bien, la reducción de la probabilidad de obtención de un beneficio habría de interpretarse como un deterioro de ese bien que pone en marcha la mecánica de la responsabilidad.

Además, si fuera cierto que la *chance* constituye un bien patrimonial, tendría que tener un valor de mercado. Según la teoría económica moderna, el concepto «valor» va indisolublemente asociado al concepto «precio» de manera que el valor económico es siempre un valor de mer-

(967) *Tort recovery...*, p. 619.

(968) D. A. FISCHER, *Tort recovery...*, cit., p. 618: «Should plaintiff (...) have an action for loss of the chance to get the job? The answer is no because, using hindsight, we know that the portion of the chance that defendant destroyed had no real value because plaintiff did not need

it to obtain the benefit (the job). The chance lacked value because it was not a true chance at all» (*ibidem*, p. 618). En parecido sentido, el profesor MAKDISI: «Requiring the loss of the benefit itself is an indication that the real injury is not the loss of the chance; it is the loss of the benefit» (*Proportional liability...*, cit., p. 1093).

cado o de intercambio: los bienes patrimoniales son siempre bienes susceptibles de enajenación y su valor se corresponde con el precio que le adjudica el mercado(969). Es claro que ese valor económico que se atribuye a la *chance* no es un valor de mercado, propio de un bien autónomamente negociable, dado que no puede ser disfrutado ni enajenado por su (supuesto) titular(970). Las *chances* expresan la probabilidad de que el hecho ilícito causara el daño, y, evidentemente, tal probabilidad no es una cosa que pueda ser objeto de actos de disposición, pues no puede cederse, donarse ni venderse, quedando, pues, al margen del tráfico jurídico(971). Por eso, porque la *chance* de por sí carece de la más mínima utilidad y sólo es provechosa en la medida en que se consigue el resultado favorable apetecido (resultado del que, además, nunca puede beneficiarse un sujeto distinto del que ostenta la expectativa), la oportunidad de obtener una ventaja no puede configurarse como un valor económico preexistente en el patrimonio de la víctima(972).

El ejemplo clásico de *chance* transferible a partir del cual se ha intentado construir la doctrina autonomista es, según hemos visto, el del billete de lotería que, representa, según se dice, un título representativo de una *chance* u oportunidad favorable. Se trata, no obstante, de un supuesto marginal y *sui generis* del que no puede extraerse la conclusión de que toda pérdida de oportunidad entraña una pérdida de un bien patrimonial preexistente(973). Tampoco puede alegarse que el Derecho admite el contrato de cosa futura. En el caso de la *emptio spei*, el negocio no tiene por objeto una esperanza, sino un bien futuro(974). Lo que caracteriza a esta figura contractual es, simplemente, que se produce una traslación del riesgo, pues el adquirente acoge el riesgo de la imposibilidad sobrevenida que, según los principios generales, extinguiría las obligaciones recíprocas(975). Otro argumento recurrente es el de la patrimonialidad del riesgo, expresada en el contrato del seguro. Es cierto que la posibilidad de obtener un resultado favorable (*chance*) y la posibilidad de sufrir un resultado desfavorable (riesgo) son dos caras de la misma moneda(976). Pero el riesgo asegurable posee un valor económico que se configura como un valor de mercado(977). El mercado de seguros es un mercado de riesgos en el que estos se transfieren de la esfera jurídica de los que los sufren (asegurados) a los de los que los sufragan (aseguradoras) y se valoran atendiendo a varios elementos, entre ellos, el valor económico de su desencadenamiento(978). La *chance*, en cambio, no posee un valor económico autónomo configurable como un valor de mercado porque no existe un mercado de *chances*(979).

(969) A. PACCES, *Competizioni automobilistiche...*, cit., p. 452.

(970) *Idem.* Hace tiempo que PACCHIONI (*Corso...*, cit., pp. 109-110) señaló que la simple posibilidad perdida puede tener un «valor social» de importancia, pero nunca un «valor de mercado».

(971) M. ROSSETTI, *Il danno...*, cit., p. 670.

(972) A. PACCES, *Competizioni automobilistiche...*, cit., p. 452; M. ROSSETTI, *Il danno...*, cit., p. 670.

(973) A. PACCES, *Competizioni automobilistiche...*, cit., p. 453.

(974) M. ROSSETTI, *Il danno...*, cit., p. 671.

(975) *Idem.*

(976) *Idem.*

(977) *Idem.*

(978) *Idem.*

(979) *Idem.*

Hay que concluir que la *chance*, al referirse a una posición intransferible, no puede tener, siquiera en abstracto, un valor de mercado; y si no tiene un valor económico autónomo, no puede calificarse como entidad patrimonial autónoma(980).

Así las cosas, la teoría ontológica no vale como criterio fundamentador de la doctrina de la oportunidad perdida. No cabe admitir, por tanto, que el daño que no puede resarcirse por ser inseguro, pueda compensarse como daño actual, emergente y patrimonial(981). A mi juicio, la *chance* es, sencillamente, un concepto con el que se expresa que, de no haber mediado el hecho ilícito, las probabilidades de que la víctima hubiera dejado de sufrir el daño eran considerables, esto es, el resultado del juicio retrospectivo que es preciso realizar para tener por cierto el hecho de la causalidad(982). La teoría ontológica no es, pues, más que una estratagema jurídica consistente en la invención de una entidad patrimonial con que burlar la teoría general de la causalidad y, de este modo, proporcionar una indemnización parcial de perjuicios eventuales o hipotéticos(983). La construcción del daño por pérdida de *chance* como daño por pérdida de un bien patrimonial esconde, en definitiva, el intento de auxiliar a la víctima cuando el órgano decisor no está en condiciones de apreciar una relación causal entre el hecho ilícito y el resultado final desfavorable cuya existencia es, no obstante, verosímil(984).

Llama particularmente la atención que algunas de las críticas expuestas provengan, no ya de teóricos identitarios, favorables a la teoría tradicional del «todo o nada», sino, sobre todo, de autores que postulan la aplicación de una doctrina de la pérdida de oportunidad fundamen-

(980) A. PACCES, *Competizioni automobilistiche...*, cit., p. 453.

(981) En parecidos términos, C. SEVERI, *Perdita...*, cit., p. 315.

(982) Ante la dificultad de concebir la *chance* como una entidad patrimonial, C. MÜLLER (*La perte...*, cit., p. 245) señala que, en todo caso, el concepto de daño es un concepto normativo y que, en este sentido, nada impide que en él se incluya el perjuicio que entraña la pérdida de una oportunidad. Bajo esta perspectiva, el Derecho puede inventarse un daño porque nada le obliga a formarse una imagen real y verdadera del mundo (p. 216) Me parece, sin embargo, que difícilmente puede aceptarse este razonamiento. Desde luego, el Derecho modula la noción de daño como fenómeno real o natural para, por ejemplo, negar relevancia resarcitoria a las simples molestias. No obstante, el daño normativo presupone la presencia de un

perjuicio real y la pérdida de una *chance* no puede configurarse como tal. Si se admite una responsabilidad sin daño real se efectúa una alteración sustancial del sistema de responsabilidad civil. No se entiende entonces que, para escamotear el requisito de la causa física o material y, de este modo, evitar el contraste entre la teoría de la *chance* y la dogmática tradicional, acabe postulándose un planteamiento que suscita, cuanto menos, la misma perplejidad: tan extraño resulta edificar una teoría de la causalidad que prescinde de la exigencia de una causa real como construir una teoría del daño que prescinde de la exigencia de un daño real.

(983) En este sentido, A. M. PACCES, *Competizioni automobilistiche...*, cit., p. 661.

(984) Así, M. ROSSETTI, *Il danno...*, cit., p. 678; A. PACCES, *Competizioni automobilistiche...*, cit., p. 457.

tada, precisamente, en el planteamiento atacado(985). Así, el profesor YZQUIERDO TOLSADA señala que el concepto de oportunidad perdida constituye un artificio con el que reparar, en parte, un daño cuya causa no ha quedado cumplidamente acreditada(986). Pero no duda en aplaudir el criterio seguido por el Tribunal Supremo en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1998, que acoge la doctrina de la pérdida de oportunidad(987) y en defender «que la pérdida de oportunidad es un auténtico daño emergente»(988). A su vez, el profesor LUNA YERGA considera también que la realidad de la oportunidad es una ficción que encierra un desplazamiento encubierto de la teoría de la causalidad, pero tampoco duda en defender la validez de la figura y en hacerlo, además, con base en los postulados de una teoría autonomista(989). En

(985) En los Estados Unidos, David A. FISCHER, defiende también la doctrina de la pérdida de oportunidad, pese a que, en su opinión, no es posible encontrar una teoría general («*general policy considerations*») que resuelva en qué casos ha de aplicarse y en cuáles no. Se ocupa, en particular, de la doctrina autonomista (*Chance-Has-a-Value approach*), descartando su validez, pero acaba postulando la aplicación de la doctrina de la *chance*, eso sí, haciéndola depender del tipo de actividad y norma quebrantada en cada caso (*Tort recovery...*, cit., p. 65-654). Por su parte, GRAGNOLI (*Considerazioni...*, cit., pp. 628-634, 650), después de señalar que el aislamiento de su noción constituye una síntesis lingüística artificiosa, de índole tautológica, niega que la probabilidad perdida pueda identificarse con una entidad verdaderamente perjudicial (dado que no constituye un lucro cesante ni tampoco un daño emergente), pero estima que los postulados doctrinales con los que se justifica su tutela demuestran la vocación que el instituto de la responsabilidad despliega en orden a la consecución de la justicia material en supuestos en que los componentes del lucro cesante se muestran imperfectos. Sus críticas y propuestas se formulan con referencia a los supuestos de oportunidades perdidas de promoción laboral, cuando, convocado un concurso de ascenso, la participación de un concreto trabajador es excluida ilegítimamente; casos sobre los que, como hemos visto (Cap. II, ap. II.1), la jurisprudencia italiana se ha pronunciado reiteradamente de forma positiva a través del perjuicio que se identifica con la figura de que tratamos. Téngase en cuenta que el autor acaba preconizando *de iure condendo* que la reacción frente a las oportunidades perdidas se articule a través de la figura de

la cláusula penal, acudiéndose así a un remedio de tipo afflictivo que reemplace al que considera imposible remedio resarcitorio *de lege lata*.

(986) Según este autor, «por medio de este artificio judicial se sustituye la reparación de un daño no probado por la de indemnización de equidad» que queda materialmente basada en «una causalidad aleatoria» (*Sistema...*, cit., p. 214).

(987) «Hay que felicitarse si esta sentencia significa que el Tribunal Supremo comienza a mostrarse proclive a la indemnizabilidad de las pérdidas de expectativas también en el campo de los daños corporales, y hay que felicitarse de que lo haga refiriéndose de modo explícito al concepto de pérdida de expectativas o de oportunidades como noción autónoma y distinta al lucro cesante» (*Indemnización por...*, cit., p. 537).

(988) *Sistema...*, cit., p. 153. Las tesis de este autor no han sido estudiadas en el marco de los planteamientos reconducibles a la teoría ontológica de signo patrimonial porque, en la línea de otros autores españoles, introduce una serie de matizaciones que expresan una concepción personal o moral del daño por pérdida de *chance*. Se estudia en el epígrafe siguiente.

(989) *La prueba...*, cit., p. 460. Téngase en cuenta que el autor ha intentado, básicamente, registrar las técnicas (la doctrina *res ipsa loquitur*, prueba *prima facie*, doctrina de la causalidad virtual o atenuada, doctrina de la pérdida de oportunidad) a las que puede acogerse el juez para corregir las drásticas consecuencias de la aplicación de los altos estándares probatorios del Derecho español en el campo de la responsabilidad civil médico-sanitaria, sin prejuzgar su validez ni mostrarse decididamente favorable a alguna de ellas. Si no me equivoco,

esta línea, pero fuera de nuestras fronteras, NICHOLS prefiere también el *Separate-Injury-Approach*, pero reconoce que no tiene otro sentido que evitar la alteración de los parámetros causales tradicionales(990). A su vez, BRENNWALD defiende que la *chance* es un interés susceptible de valoración protegido por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, reconoce que esta conclusión obedece a «sentimientos puramente viscerales»(991).

Igualmente llamativo resulta que, por lo general, los partidarios de la teoría autonomista que rehuyen la autocrítica, tampoco confutan las opiniones contrarias. Afirman que la *chance* constituye un bien patrimonial y que su pérdida entraña un daño emergente, pero, en general, no desmienten los argumentos que aportan quienes consideran que la oportunidad perdida es, sencillamente, un problema de falta de información con que realizar un cálculo más seguro de probabilidad a los efectos de apreciar el hecho causal.

Parece, pues, que la doctrina científica parte muchas veces de una concepción ontológica, no porque esté convencida de la *realidad* de la oportunidad perdida (por eso la critica o descuida rebatir los argumentos en contra), sino, probablemente, porque no ha encontrado el *iter* con el que resolver adecuadamente el enigma que plantean las hipótesis de pérdida de oportunidad: el conflicto entre la justicia de la reparación parcial o probabilística y la rigidez de la teoría clásica de la causalidad que impone la ortodoxia del «todo o nada». Movidos por su sensibilidad justicial, los autores buscan la manera de encajar dentro del sistema de responsabilidad civil, sin resquebrajar sus principios vertebrales, una tutela resarcitoria en hipótesis en que la causalidad resulta indemostrable, y han considerado que la *cosificación* de la oportunidad perdida es la solución, aunque constituya una pura ficción de la que son perfectamente conscientes(992).

la preocupación del profesor LUNA, más que comprobar si tales doctrinas tienen o no fundamento dentro del sistema español de responsabilidad civil, es instigar a los jueces a utilizar todas o algunas de las técnicas que él describe, basándose fundamentalmente en criterios de racionalidad económica extraídos del Derecho norteamericano. De ahí que tales técnicas se estudien en un epígrafe titulado «Instrumentos probatorios al alcance del juez para facilitar a la víctima la prueba de la relación de causalidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria» y que se diga que «[l]a relación de causalidad puede resultar acreditada mediante una serie de instrumentos que se encuentran al alcance del juez y que han sido desarrollados por la doctrina comparada». El pragmatismo que inspira la obra de este autor explica también que en

ella se reconozca que la concepción ontológica de la *chance* se basa en una falacia y que, al mismo tiempo, se promueva su utilización.

(990) JORGENSEN..., cit., pp. 633, 643.

(991) Literalmente, dice el autor: «*This Comment has argued that chances to live, to achieve a positive outcome or to avoid an injury represent valuable interests. Purely visceral feelings dictate such a conclusion*» (*Proving causation...*, cit., p. 789). En esta línea, M. T. MANGAN (*The loss...*, cit., p. 325) defiende la idea de que la *chance* de curación o supervivencia es algo que puede valorarse, pero la razón definitiva en la que apoya la teoría de la oportunidad es el valor de la vida humana. En parecido sentido, K. J. WILLING, *Falcon...*, cit., p. 562.

(992) Expresión de este fenómeno puede ser también, quizá, el que se diga

4.2. *Análisis crítico de la versión moderada*

La teoría ontológica moderada incurre, según hemos visto, en una importante contradicción al catalogar la *chance* como un bien anterior cuya preexistencia se comprueba a través de un cálculo *a posteriori* de probabilidad que arroja el resultado de que las posibilidades de consecución eran serias y considerables. No se entiende cómo la preexistencia de un bien deba comprobarse a través de un juicio retrospectivo de probabilidad; ni que pueda concluirse que, en realidad, tal bien no preexistía en el patrimonio económico de la víctima cuando la probabilidad de causalidad es muy baja o muy alta. Un bien patrimonial no puede aparecer y desaparecer (preexistir o no preexistir) en función del grado de probabilidades de que la víctima se hubiera sustraído al daño de no haber mediado el hecho ilícito, es decir, de la coyuntura en que se encuentra el juez a la hora de verificar la medida de la certeza del hecho de la causalidad.

Además, si la *chance* fuera ciertamente un bien patrimonial cuyo valor resulta de multiplicar la probabilidad de consecución de la utilidad pretendida por la cantidad en que se cuantifica dicha utilidad, cualquier oportunidad debería considerarse un bien patrimonial, aunque la probabilidad de causalidad fuera mínima (0,1%) o máxima (99,9%) (993). Por eso, sostener que la pérdida de *chance* constituye un daño patrimonial

que la oportunidad perdida es un daño actual porque entraña la pérdida de un activo patrimonial, pero que se estudie al hilo del análisis del nexo causal. Eso es lo que hace LUNA YERGA (*La prueba...*, cit., p. 458), quien razona oportunamente esta opción sistemática: «parece evidente que si la noción de pérdida de oportunidad se vincula con el perjuicio, entonces se vuelve inseparable de la condición del nexo de causalidad». También SERRA RODRÍGUEZ, que formula una teoría autonomista, pero la explica, con toda conciencia, con ocasión del estudio de la relación causal. La autora advierte que, según resulta de la doctrina francesa e italiana, la configuración de la pérdida de la oportunidad como un daño indemnizable implica *entrelazar* los dos momentos sucesivos en que se desenvuelve el juicio de responsabilidad: el de la determinación de la identidad del perjuicio producido y el de su enlace causal con la conducta del supuesto agente dañoso (*ibidem*, p. 233). Pero, si se parte de una teoría autonomista, en realidad, tales momentos no se entrelazan, si con ello quiere aludirse a que se muestran confundidos, pues, partiendo de la constatación del perjuicio (la ventaja malograda, la desventaja inevitada),

se examina el nexo causal y se niega su existencia, para, seguidamente, apreciar un perjuicio distinto (la pérdida de la oportunidad de la consecución de la ventaja o de la evitación de la desventaja) y afirmar entonces el enlace causal con la conducta del agente dañoso. Por eso la autora señalada dice en otro lugar que es indispensable evitar la confusión de los dos planos indicados (*ibidem*, nota 56 pie p. 237); pero, al partir del entrecruzamiento de la cuestión de la determinación del daño causado por una oportunidad perdida y la cuestión de su enlace causal con la conducta del agente dañoso, señala que la *chance* puede estudiarse tanto cuando se analiza el requisito del daño como cuando se analiza el del nexo causal (nota 47, p. 233). Ella opta por abordar la materia con ocasión del estudio de la relación causal, de modo que, al ocuparse después del daño, se remite al análisis precedente. Esta opción metodológica revela, posiblemente, una falta de convencimiento en cuanto al fundamento ontológico de la doctrina de la pérdida de oportunidad por parte de sus propios defensores.

(993) M. ROSSETTI, *Il danno...*, cit., p. 674.

en sí mismo, que se resarce sólo cuando se alcanza un cierto grado de probabilidad es tanto como defender que un daño a la salud es un daño personal *per se* que se resarce sólo cuando se supera un cierto grado de menoscabo (994). Resulta incompatible con los más elementales criterios del sentido común el que, desde los parámetros de una teoría ontológica, se genere una realidad económica que es sólo virtual y que nace para sucumbir, bien porque se realiza al alcanzarse la ventaja pretendida, bien porque se pierde y deja de alcanzarse dicha utilidad (995).

En determinados planteamientos teóricos, ese bien, no es ya que preexista o deje de preexistir en función de las probabilidades causalidad, es que, se hace depender su propia naturaleza del carácter económico o personal del perjuicio final. Se dice que la *chance* es un bien en sí mismo, pero se añade que la propia cualidad de ese bien varía según que la ventaja final inobtenida haya de ubicarse en el ámbito de la perjudicialidad patrimonial o en el de la extrapatrimonial. La circunstancia de que la índole personal o económica del bien final (aquel cuya pérdida no puede compensarse porque no ha quedado acreditada la causalidad) determine la naturaleza de esa otra (pretendida) cosa (la oportunidad, cuya existencia previa se quiere justificar para proporcionar una cobertura rescacitoria parcial) revela, a mi juicio con toda claridad, que el objeto de la reparación es la ventaja final inobtenida; y el expediente de la *realidad* de la *chance*, un puro artificio, lógicamente inadmisibles, con que indemnizar parcialmente daños puramente hipotéticos.

4.3. *Análisis crítico de la versión radical*

La *chance* es, según venimos diciendo, un concepto con el que reparar parcialmente daños eventuales en algunos supuestos en que tan razonable resulta entender que el hecho ilícito causó el perjuicio como considerar lo contrario; y la teoría revisada intenta justificar esta solución

(994) En parecido sentido, M. ROSSETTI, *ibidem*, p. 671. La idea ha sido plásticamente reflejada de la siguiente manera: «Se la *chance* fosse un bene autonomo, ogni lesione —ancorché minima— andrebbe risarcita (...). Una volta ammesso che la “speranza” in quanto tale è un bene autonomo e la sua lesione costituisce un danno, dovrebbe di conseguenza ammettersi che la lesione di qualsiasi speranza, anche infima, andrebbe risarcita. Si potrebbe cioè sostenere che andrebbe risarcita anche la speranza che un boscaiolo ottuagenario nutra di diventare presidente degli Stati Uniti di America; o la speranza del proprietario di un cavallo bolso ed asmatiko di vincere la corsa di Derby; o la speranza di un calciatore trentenne di serie C di essere ingaggiato dalla squadra di calcio Real Madrid. L’affermazione non è iperbolica, ma conseguenziale rispetto alle premesse: se la *chance*

è un bene patrimoniale, ogni sua lesione va risarcita. Una *chance* “ricca” andrà risarcita in modo ricco, una *chance* “scarsa” andrà risarcita in modo scarso; una *chance* infinitesima andrà risarcita in modo infinitesimo (...)» (*ibidem*, p. 670). Por su parte, Cristina SEVERI (*Perdita...*, cit., p. 316) ha mostrado sus reticencias al límite mínimo de relevancia propuesto por BOCCHIOLA (50%), pero sigue sosteniendo que ha de ser significativa, lo que no parece del todo coherente con las premisas de una teoría autonomista: «Se la perdita di “chance” è un danno certo, allora anche una semplice possibilità, purché seria e fondata su circostanze concrete, deve ritenersi risarcibile».

(995) M. ROSSETTI, *Il danno...*, cit., p. 670.

indemnizatoria –que es radicalmente incompatible con la teoría general de la causalidad– apoyándose en el expediente de la «cosificación» de la *chance*. A tal efecto, pretende salvar la evidente contradicción en que incurre la tesis ontológica tradicional –que hace depender la existencia previa de la «cosa» del resultado que arroje el cálculo *ex post* de la probabilidad de causalidad–, aunque esto suponga ampliar el ámbito de aplicación de la doctrina de la *chance*, que no queda ya circunscrito a los casos de incertidumbre causal en los que se siente que es injusto que, por la imperfección del conocimiento empírico, quede sin reparación una víctima cuyo perjuicio pudo ser consecuencia del hecho ilícito.

La matización que aporta la nueva teoría añade así otro grave problema: la doctrina de la *chance*, fundamentada de esta guisa, se aplica a supuestos en que, según hemos visto, no parece que se sienta la necesidad de una responsabilidad proporcional, por no presentar grados destacables de incertidumbre. La doctrina de la *chance* acaba, de este modo, beneficiando a los agentes dañosos, que afrontan indemnizaciones reducidas –de las que se descuenta la parte proporcional a la probabilidad de que no fueran responsables– cuando, atendido el criterio de la regularidad de los acontecimientos (Derecho continental) o el de la probabilidad preponderante (Derecho angloamericano), habrían de abonar el valor total del perjuicio por entenderse que ha quedado cumplidamente acreditado el nexo causal(996). Así pues, la teoría ontológica revisada introduce un ajuste o modulación *ad hoc* en la versión originaria para evitar el absurdo de que la *chance* quede configurada como un bien preexistente que, no obstante, deja de preexistir cuando del material de que coyunturalmente dispone el juzgador se deriva que las probabilidades de causalidad son escasas o muy altas; y ese ajuste o modulación acaba transformando la razón de ser de la doctrina de la oportunidad perdida: la teoría de la *perte d'une chance* o *loss of a chance*, al igual que otras técnicas del Derecho de la responsabilidad civil (la responsabilidad colectiva y la responsabilidad por cuota de mercado, entre otras muchas) ha nacido y se ha desarrollado, básicamente, para auxiliar, no a los agentes dañosos, sino a las víctimas, cuando las dificultades probatorias ligadas a la carencia de información suficiente para una representación fiel del curso de los acontecimientos impiden averiguar si el hecho ilícito fue o no *condicio sine qua non* del perjuicio padecido(997). La teoría ontológica revisada

(996) L. R. ELLIS, *Loss...*, cit., pp. 383-394 ha llevado a cabo una crítica similar. Téngase en cuenta que el umbral de certeza cuyo rebasamiento impide la aplicación de la doctrina de la oportunidad para afirmarse una causalidad entre el hecho ilícito y el daño final no es para este autor el que marca el criterio (español) de la regularidad o normalidad de los acontecimientos, sino el más suave de la probabilidad preponderante o *more probable than not*.

(997) En parecido sentido, L. R. ELLIS (*ibidem*, pp. 377-383), para quien la configuración jurisprudencial originaria de la doctrina de la pérdida de oportunidad en el Derechos inglés y norteamericano impide que los Tribunales de los Estados Unidos utilicen tal doctrina para limitar el alcance de las indemnizaciones cuando resulta acreditado que las probabilidades favorables de evitación del daño eran mayores que las desfavorables. Señala así que

es, en definitiva, una teoría que, mutando el sentido mismo de la doctrina de la oportunidad perdida, intenta disimular el artificio que supone considerar que hay un valor económico donde lo que en realidad hay es, simplemente, una operación mental con la que se mide la probabilidad o certeza de que, borrado el hecho ilícito, no mediara el daño.

III. La teoría ontológica del perjuicio personal

1. SIGNIFICADO

La teoría ontológica de signo personal o, simplemente, teoría del perjuicio personal considera que la oportunidad de que goza una persona en orden a la consecución de cualquier tipo de ventaja (sea material o inmaterial) se inserta relacionadamente en el desarrollo de la personalidad. En este sentido, las *chances* no constituyen entidades económicas, sino situaciones conectadas con un bien espiritual de manera que el daño resarcible es el menoscabo de ese bien; y su pérdida se identifica siempre con un daño moral, aunque la ventaja desvanecida sea de índole patrimonial

Se está ante una variante de la tesis autonomista porque el daño por una oportunidad perdida constituye una especie de daño emergente, dando a esta palabra un sentido amplio, de acuerdo con la esencia de su significado, en cuanto salida patrimonial o pérdida estricta, pues cabe un daño emergente material y cabe un daño emergente personal, referente el primero al patrimonio económico de la persona y referente el segundo al patrimonio personal (con su doble manifestación de patrimonio corporal y patrimonio extracorporal, espiritual o estrictamente moral). Puntualizada así la emergencia del daño en que consiste siempre la frustración de la *chance*, se prescinde del artificio de inventar una entidad económica inexistente, porque la clave radica en que la oportunidad perdida está siempre relacionada con un bien del patrimonio personal, que es el que resulta violentado. Bajo esta perspectiva, la víctima que no logra acreditar que hay nexo causal porque no ha quedado constancia de que es *suficientemente* probable que el daño no se hubiera producido de no mediar el hecho ilícito, tiene derecho a un resarcimiento en concepto de daño moral.

Como veremos, esta teoría fundamenta la doctrina de la oportunidad perdida, entendida como regla de responsabilidad proporcional aplicable en hipótesis de estricta incertidumbre causal. No obstante, al-

la doctrina de la pérdida de oportunidad es correcta y perfectamente defendible en el terreno teórico, cuando, basada en diferentes premisas y construida de conformidad con los criterios jurídicos que la han marcado desde su nacimiento, se aplica a

chances dotadas de un grado de probabilidad inferior al 50% (*more-likely-than-not standard of proof*) y deja de aplicarse a las oportunidades dotadas de un grado de probabilidad superior (pp. 394-402).

gunos de sus desarrollos alteran parte del contenido que de ordinario se asigna a la doctrina de la *chance*. Me refiero, en particular, a las variantes que eluden calcular la indemnización atendiendo al grado de probabilidad de que la víctima hubiera obtenido la ventaja de no haber intervenido el hecho ilícito.

2. LA TEORÍA DENTRO DEL PANORAMA JURÍDICO COMPARADO. SU ACEPTACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Dentro del panorama internacional o comparado, la teoría ontológica personal no tiene el predicamento de la autonomista de carácter patrimonial, que, como hemos visto, es ampliamente utilizada como fundamento de la doctrina de la *chance* en un buen número de países americanos y europeos. Es probable que su escasa aceptación tenga que ver con las dificultades que encuentran determinados sistemas para reconocer el rango resarcible del perjuicio extrapatrimonial. En este sentido, hace tiempo que el profesor BOCCHIOLA constató cómo los países en que el resarcimiento del daño moral está sujeto a algún condicionamiento legal, cual sucede en Italia, suele atribuirse a la oportunidad perdida un contenido patrimonial(998).

Los autores italianos se han visto precisados a activar su imaginación para salvar este obstáculo normativo(999). Limitados por él, han partido de la estricta patrimonialidad del daño resarcible, pero han elaborado una serie de construcciones conceptuales para justificar el rango indemnizable de unos daños que los franceses y, sobre todo, los españoles califican sin ningún empacho o reticencia como daños morales o personales. El más llamativo de los conceptos elaborados a tal efecto –actuando de consuno

(998) *Perdita...*, cit., p. 95.

(999) El artículo 2059 del *Codice*, por influencia del Derecho germánico, condiciona el resarcimiento del daño no patrimonial a que esté previsto legalmente de forma específica: «*Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge*». Durante mucho tiempo, la resarcibilidad del daño extrapatrimonial tan sólo estaba legalmente establecida en el artículo 185 del Código penal, pero hoy se ha abierto camino a través de otras leyes concretas: artículo 2 de la Ley 117/1988, de 13 de abril, sobre la acción de responsabilidad civil por los daños causados por una injusta privación de libertad personal acordada en el ejercicio de las funciones judiciales; y artículo 2 de la Ley 89/2001, de 24 de marzo, sobre la acción de responsabilidad civil por los daños derivados de una falta de respeto de la duración razonable de un proceso. La sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de julio de 2003 (núm. 233) proclama la legitimidad consti-

tucional del artículo 2059 del *Codice*, pero da un paso más en la labor jurisprudencial de reducir su efectivo contenido. Según dice, el daño moral es apreciable no sólo en supuestos de culpa probada, sino también en los supuestos en que la imputación se haya realizado en virtud de una culpa presumida. *Vide* sobre esta sentencia: M. BONA, *Il danno esistenziale busca alla porta e la Corte costituzionale apre (verso il «nuovo» articolo 2059 codice civile)*, *Danno resp.*, 2003/10, pp. 941-957; P. CENDON y P. ZIVIZ, *Vincitori e vinti (...) dopo la sentenza n. 233/2003 della Corte costituzionale*, www.dannoallapersona.it; G. CRICENTI, *Una diversa lettura dell'articolo 2059 codice civile*, *Danno resp.*, 2003/10, pp. 957-962; G. PONZANELLI, *La Corte costituzionale si allinea con la Corte di cassazione, inibi*, pp. 962-964; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il sistema di responsabilità civile dopo la sentenza della Corte costituzionale*, n. 233/03, *inibi*, pp. 964-970; y O. TROIANO, *L'irrisistibile ascesa del danno non patrimoniale, inibi*, pp. 970-976.

la doctrina de los autores, la jurisprudencia territorial, la jurisprudencia casacional y la jurisprudencia constitucional, en un juego fructífero de recíprocas influencias—, es el concepto del daño biológico (*danno biologico*) con el que se sostiene la estricta patrimonialidad que afecta a los atentados a la integridad psicofísica de la persona. Posteriormente, por extensión, la elaboración de ese concepto ha dado lugar al de daño existencial (*danno esistenziale*), que es el hallazgo de una expresión sintética en el que se inserta lo que para el Derecho francés y el Derecho español es cualquier atentado a un bien o derecho de la personalidad, constitutivo de un daño calificado como moral(1000). Por eso, si en el Derecho italiano se categorizan como económicos daños que, bajo nuestra perspectiva, son netamente morales, no puede extrañar que el planteamiento que interpreta la pérdida de oportunidad como una pérdida económica sea mayoritario en aquel país(1001).

(1000) Sobre los neoconceptos dañosos mencionados y sus múltiples manifestaciones, me remito a: *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, dir. P. CENDON y P. ZIVIZ, Giuffrè, Milano, 2000; P. CENDON, *Trattato breve dei nuovi danni. Il risarcimento del danno esistenziale: aspetti civili, penali, medico legali, processuali*, AAVV, bajo su dir., 3 vols., Cedam, Padova, 2001; P. ZIVIZ, *Chi ha paura del danno esistenziale?*, Resp. civ. previd., 2002, pp. 807 ss. En contra de esta categorización, vide G. PONZANELLI, *Critica del danno esistenziale*, AAVV, bajo su dir., Cedam, Padova, 2003; y también: G. ALPA, *La vicenda del «danno biologico»: corsi e ricorsi di un progetto italiano*, en AAVV, *L'assicurazione della responsabilità civile da circolazione veicoli tra mercato, concorrenza e obbligatorietà*, dir. Morbidelli, Utet, Torino, 2003, pp. 31 y ss.; F. D. BUSNELLI, *Il danno alla persona al giro di boa*, *Danno resp.*, 2003/2, pp. 237 ss.; F. GAZZONI, *Alla ricerca della felicità perduta (psicofavola fantagiuridica sullo psicodanno psicoesistenziale)*, *Riv. Dir. comm.*, 2000, pp. 675 ss.; E. NAVARRETA, *Il danno esistenziale risarcito ex articolo, 2059 codice civil e l'adeguamento della norma alla Costituzione*, *Resp. civ. previd.*, 2003, pp. 190 ss.; E. NAVARRETA, *Danno da morte e danno alla salute*, en AAVV, *La valutazione del danno alla salute*, dir. F. D. Busnelli y M. Bargagna, 4ª ed., Cedam, Padova, 2001, pp. 307 ss.; G. PONZANELLI, *Sei ragioni per escludere il risarcimento dell danno esistenziale*, *Danno resp.*, 2000, pp. 693-695; G. PONZANELLI, *Prove del danno non patrimoniale ed irrelevanza dell danno esistenziale*, *Danno resp.*, 2003, pp. 270 ss.; G. PONZANELLI, *Non c'è bisogno del danno esistenziale*, *Danno resp.*, 2003, pp. 550 ss.; M. ROSSETTI, *Mesa da requiem per l'articolo 2059 Codice civile se passa la linea del «danno in sé»*, *Dir. Giust.*, 2000/4, pp. 4 ss.; M. ROSSETTI, *Il danno esistenziale*

tra l'articolo 2043 c. c. e l'articolo 2059 c. c., *Resp. civ. previd.*, 2001, pp. 809 y ss.; y V. ZENO ZENCOVICH, *Law & Comics: Paperon de Paperoni, Gatto Silvestro, Bugs Bunny, Wile Coyote e la responsabilità civile*, *Danno resp.*, 1999, pp. 259 ss. *Sobre la recepción del concepto en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, con sus diversas manifestaciones*, vide L. VIOLA, *Il danno esistenziale nella responsabilità civile de la pubblica amministrazione*, Tribuna, Piacenza, 2003.

(1001) Hay, no obstante, algún autor que parece radicar su planteamiento en la doctrina del perjuicio personal. Así, por ejemplo, A. DE ROSA (*Il danno da perdita di «chance»*, www.studiogiuridico.it, cons. 8 en. 2004, p. 5), quien señala que «hoy la «chance» representa dentro del sistema normativo un instrumento útil para valorar en concreto la violación de las obligaciones de buena fe y diligencia que son expresión directa del artículo 2 de la Constitución que informa todo el ordenamiento. Por eso la reparación de la *chance* podría interpretarse como expresión de tutela de la personalidad humana». Téngase en cuenta que el texto originario del artículo 1078 del Código civil argentino reservaba la resarcibilidad a los daños morales derivados de actuaciones estrictamente delictivas y que, pese a que ya desde 1968 ha dejado operar este obstáculo normativo, la doctrina y la jurisprudencia argentina es proclive a considerar que el daño por pérdida de oportunidad es un daño emergente y actual de carácter patrimonial (E. A. ZANNONI, *El daño...*, cit., p. 82). Se dice que no debe confundirse la indemnizabilidad del daño extrapatrimonial (moral) que sufre la víctima por el ataque a un derecho de la personalidad y la indemnización que le co-

Según el profesor mencionado, los países que reconocen sin condicionamiento legal la resarcibilidad de cualquier daño moral tienden a encajar la pérdida de oportunidades en el ámbito de la perjudicialidad personal(1002). El análisis de las experiencias francesa y española confirma en cierto modo las conclusiones del profesor BOCCHIOLA(1003). Aunque en Francia no abundan precisiones doctrinales en torno a la naturaleza de la *chance*(1004), hay pronunciamientos jurisprudenciales que la califican como daño moral, como el de 3 de marzo de 1932, del Tribunal de Aix-en-Provence, que condenó a un procurador, que descuidó interponer la apelación, a indemnizar a su cliente «el perjuicio moral consistente en la privación de la posibilidad de apelar»(1005). Esta tesis es, a su vez, la que ha empleado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las sentencias de 21 de junio de 1983, resolutoria del caso *Eckle*, y 10 de enero de 2006, resolutoria del caso *Gruais y Busquet*(1006); y la que (casi siempre) utilizan los órganos judiciales españoles, según veremos a continuación. Llama la atención, no obstante, que la academia de nuestro país suela inclinarse por considerar que la oportunidad perdida es una realidad patrimonial. Tal cosa obedece con toda probabilidad a la fuerte influencia ejercida por la literatura jurídica cisalpina en nuestros civilistas, que adoptan la teoría del perjuicio patrimonial pese a que en el ordenamiento italiano su formidable arraigo tiene que ver, según hemos dicho, con la necesidad de salvar un obstáculo legal específicamente suyo. A continuación se exponen los diferentes desarrollos de esta teoría y después se revisan críticamente, tratando de demostrar que tampoco sirven para fundamentar adecuadamente la doctrina de la oportunidad perdida.

3. SUS MODALIDADES

3.1. Según el bien de la personalidad que se reputa lesionado

Hay una vertiente de la teoría que estamos analizando que elude aportar un fundamento unitario a la doctrina de la pérdida de *chance*, conformándose con justificar el libramiento de la indemnización en determinados supuestos, localizando en cada uno de ellos bienes jurídicos de la personalidad afectados diferenciados. Bajo esta perspectiva se han contemplado las hipótesis de responsabilidad del profesional legal, seña-

rrresponde por la frustración de una *chance* de orden patrimonial (*idem*).

(1002) M. BOCCHIOLA, *Perdita...*, cit., p. 95.

(1003) En los Estados Unidos son ciertamente raros los autores que se muestran favorables a una teoría ontológica de signo personal. Parece adscribirse a ella M. L. TRUCKOR, *The loss...*, cit., p. 369.

(1004) Según hemos visto en este Cap., ap. II.2.2, nota.

(1005) De ella dan cuenta los hermanos MAZEAUD/TUNC, *Tratado...*, cit., t. I, vol. 1, ap. 219, nota 9 *bis*, p. 313. Por lo demás, I. SOUPLET, *La perte...*, cit., p. 58, ha puesto de relieve cómo tanto la *Cour de Cassation* como el *Conseil d'Etat* evocan a menudo, en la actualidad, el daño moral como fundamento de la indemnización por pérdida de oportunidad.

(1006) Comentados en Cap. II, ap. III.2.2.

lándose que la pérdida de una oportunidad procesal se identifica con la frustración de la posibilidad de que un juez o Tribunal se hubiera pronunciado sobre el asunto; y que tal pérdida o frustración provoca un daño moral resarcible. La teoría, proyectada, a su vez, sobre los casos de responsabilidad por falta de consentimiento informado, da a entender que la pérdida de una *chance* médica es la ilícita eliminación de la posibilidad de que disponía el paciente de sustraerse a la intervención, constitutiva igualmente de un perjuicio extrapatrimonial. En el primer caso, el bien jurídico lesionado es el derecho del cliente a su defensa; y, en el segundo, el derecho del enfermo a la libre autodeterminación.

Este planteamiento está ampliamente aceptado en relación con la responsabilidad civil de profesionales legales. Por eso se ha dicho que «doctrina y jurisprudencia atribuyen casi automáticamente el carácter moral al daño consistente en la pérdida de la oportunidad procesal» (1007). Expresivas de esta idea son, por ejemplo, las SSTS (Sala 1^a) de 20 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3793) y 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7871). La primera entiende que es «indemnizable el daño moral producido por la privación del derecho al recurso que tenía a su favor la parte demandante» (1008). La segunda declara que «lo cierto (...) es que la negligente conducta profesional, aquí recurrente, al no personarse en los mismos [los tres recursos de apelación frustrados], ocasionó un evidente y ostensible daño moral a los allí apelantes, que consistió en dejarles irremisiblemente privados del conocimiento y resolución, por el Tribunal competente, de dichos recursos» (1009). Muy interesante es también en este sentido la SAP de Asturias (Secc. 1^a) de 19 de enero de 2004 (AC 2004, 9), que señala que la pérdida de oportunidad es un perjuicio subsumible en la categoría de daño moral (1010).

(1007) M. C. CRESPO MORA, *La responsabilidad...*, cit., pp. 383-388. Al igual que esta autora, se han sumado a esta tesis M. M. NAVEIRA ZARRA, *El resarcimiento...*, cit., pp. 88-99; E. VICENTE DOMINGO, *El daño*, cit., pp. 213-214; M. YZQUIERDO, *Negligencia profesional...*, cit., p. 680.

(1008) En sta misma línea, la sentencia de la misma Sala de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8971).

(1009) Doctrina acogida por la SAP de Madrid (Secc. 11^a) de 11 de mayo de 1999 (AC 1999, 1298).

(1010) La sentencia declaró lo siguiente: «En cuanto a la existencia y realidad del (...) menoscabo, cierto es (...) que nadie puede prever con absoluta seguridad que la pretensión desestimada en la instancia iba a ser obtenida en grado de apelación y que con su conducta negligente el letrado ha impedido la posibilidad de conseguirlo, vulnerando, además, el derecho del perjudicado a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE, pues (...) el derecho de acceso a los recursos establecidos (como integrante de la tutela judicial efectiva) forma parte del patrimonio jurídico del actor. Ahora bien, fijar la in-

demnización conforme al primero de los criterios que trata de hacer valer la recurrente —costes del procedimiento— no resulta conforme con el hecho de que se prescindiera del hipotético tratamiento (estimatorio o desestimatorio) que hubiera podido recibir el repetido recurso de apelación y de que se obligaría al letrado a devolver el gasto que dio lugar al servicio profesional desarrollado en la primera instancia por iniciativa de la actora, como si éste no hubiera existido. Lo cierto (...) es que la negligente conducta profesional (...) ocasionó un evidente... daño moral al (...) apelante, puesto que le privó de la oportunidad de que esta AP analizara el recurso que el (...) demandado estimó conveniente frente a la desestimación de una demanda que (...) formuló con la intención (...) de obtener un resultado favorable. Ello tiene que comprenderse como un daño moral infligido, con trascendencia patrimonial, que esa Sala valora razonablemente en 3.000€. Se trata de lo que la doctrina y la jurisprudencia valora como “pérdida de oportunidad”, subsumible en la noción de daño moral, que se ocasiona a quien por la impericia o la falta de diligencia del abogado cuyos servicios profesionales había solicitado, no ha podido acceder a los Tribunales en las condiciones imprescindibles

En relación con los supuestos de falta de consentimiento informado, se atiene a la postura expuesta por la Sala 3ª del Tribunal Supremo, en sentencia de 4 de abril de 2000 (RJ 2000, 3258), que declara: «[n]o cabe duda, sin embargo, de que, al omitir el consentimiento informado, se privó a los representantes del menor la posibilidad de ponderar la conveniencia de sustraerse a la operación evitando sus riesgos y de asegurarse y reafirmarse en la necesidad de la intervención quirúrgica y se imposibilitó al paciente y a sus familiares para tener el debido conocimiento de dichos riesgos en el momento de someterse a la intervención». Se insiste después en que esa situación «no puede ser irrelevante desde el punto de vista del principio de la autonomía personal, esencial en nuestro Derecho, que exige que la persona tenga conciencia, en lo posible y mientras lo desee, de la situación en que se halla, que no se la sustituya sin justificación en el acto de tomar las decisiones que le corresponden y que se le permita adoptar medidas de prevención de todo orden con que la persona suele afrontar los riesgos graves de su salud». Y se concluye finalmente que la «situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente, con absoluta independencia de la desgraciada cristalización en el resultado de la operación que no es imputable causalmente a dicha falta de información o de que ésta hubiera tenido buen éxito, supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención». El criterio de la sentencia se ha reiterado en otras de la misma Sala, de 25 de febrero de 2004 (RJ 2004, 3889) y 22 de junio de 2005 (RJ 2005, 5323), entre otras(1011).

Hay, en fin, otra variante que, a diferencia de la anterior, fundamenta, para la generalidad de los casos, la reparación parcial o proporcional del daño padecido. A tal efecto, localiza un único bien de la perso-

para demandar la tutela de sus intereses ante los mismos». En esta línea, la SAP de Guipúzcoa de 12 de septiembre de 1994 declaró: *No es correcto el planteamiento de la... recurrente sobre si era razonable la interposición del recurso, porque es desviar la cuestión, toda vez que la propia letrada demandada planteó dicho recurso y si lo planteó fue porque lo debía considerar razonable, siendo la cuestión... la no interposición (...) dentro del plazo concedido (...) Ahora bien, la indemnización a conceder no puede fundarse en lo reclamado en aquel procedimiento, porque es imposible conocer el resultado de aquel recurso, siendo unos perjuicios probables pero nunca ciertos, certeza necesaria para poder otorgar la correspondiente indemnización por dichos perjuicios; sin embargo, sí (...) se ha producido un daño cierto, en cuanto se ha privado (...) el derecho al recurso (...), lo que constituye un supuesto de indefensión y una quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el art. 24 CE, lo que constituye un evidente daño moral (...) Ahora bien, el problema es (...) la valoración del daño moral causado, que (...) tiene que tener una relación directa con el contrato de arrendamiento de servicio, (...) punto de referencia al que debemos tener en consideración a efectos de valoración. De igual modo, la SAP de*

Valencia de 28 de septiembre de 1994 declaró: «El perjuicio no puede cifrarse (...) como pretenden los demandantes, pues no existe la menor base para entender que el Tribunal Supremo habría resuelto el pleito laboral más favorablemente a los actores que lo que había hecho la sentencia recurrida, y no habiendo certeza sobre tal extremo, es claro que en ningún caso se puede identificar el perjuicio con la indemnización que se solicita. No obstante, perjuicio (...) se ha producido, puesto que (...) los actores se vieron desamparados (...) en el pleito al haber perdido la posibilidad de ver enjuiciado su asunto en una vía superior (...) Concurriendo (...) la producción de un perjuicio de índole moral, se ha de acceder a la demanda, pero no en la extensión cuantitativa que se solicita (...), sino en la suma que se determine en ejecución de sentencia (...) cuya reparación no ha de ir dirigida a cubrir una pérdida material, sino a producir (...) una satisfacción como compensación a la pérdida de un recurso judicial». Recoge y comenta estas sentencias A. ILLESCAS RUS, *El daño...*, cit., pp. 259 ss.

(1011) Sobre esta jurisprudencia, J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad...*, cit., p. 494.

nalidad cuya afectación explica y justifica el libramiento de la indemnización en *todas* las hipótesis de pérdida de *chance*. El bien lesionado es, desde este punto de vista, un «derecho a obtener información probatoria», que resulta dañado cuando, como consecuencia del hecho ilícito, no puede averiguarse con un grado suficiente de certeza cuál habría sido el curso de los acontecimientos. Bajo esta óptica, el médico que diagnostica tardíamente la patología (sin que pueda determinarse si un tempestivo tratamiento habría mejorado la salud del paciente) o el abogado que no interpone el recurso (sin que pueda establecerse si el cliente habría ganado el proceso) ocasionan un mismo tipo de daño: un daño personal consistente en la privación del argumento inferencial con el que podría demostrarse, quizá, que el daño padecido es consecuencia del hecho ilícito. El médico y el abogado provocan una lesión que no es la pérdida del bien esperado ni una oportunidad valorable económicamente integrada previamente en el patrimonio jurídico de la víctima. Tampoco es el atentado al derecho a la salud del paciente o a la defensa del cliente. Es el perjuicio personal que deriva de una indeterminación fáctica que perjudica a la víctima al reducirse las probabilidades de éxito de una eventual reclamación compensatoria. Así pues, el perjuicio resarcible se identifica, no con una propiedad anterior sustraída ni con el atentado a los bienes de la personalidad mencionados ni mucho menos con el daño final cuya ligazón causal no puede acreditarse. Se identifica con la situación de incertidumbre generada o agravada por el hecho ilícito. Se trata de un «daño probatorio» que se asocia con la autonomía del individuo y su derecho a autodeterminarse porque la privación de la información probatoria con que podría dilucidarse si el hecho ilícito fue o no causa del perjuicio afecta a la decisión libre y autónoma de si y cómo perseguir protección jurídica. A results del hecho ilícito, la víctima carece de los adecuados elementos de juicio con que optar por no realizar ningún género de reclamación, transigir amistosamente, acudir a los tribunales o, en su caso, retirarse del proceso. La causalidad que es preciso demostrar es, pues, la que liga el comportamiento del agente, no con el perjuicio final padecido por la víctima, sino con el «daño probatorio». Consecuentemente, habrá responsabilidad civil cuando, borrado mentalmente el hecho ilícito, resulta que la víctima hubiera dejado de padecer el «daño probatorio» por el desvanecimiento de la incertidumbre causal o el incremento de la probabilidad de que fuera estimada su pretensión resarcitoria. En resolución, en los solos supuestos de incertidumbre causal imputable al agente dañoso, cuando no está claro que éste es responsable ni tampoco que la víctima habría en todo caso sufrido el perjuicio final, se produce el denominado «daño probatorio» que es un perjuicio moral, actual y emergente cuya cuantía resulta de multiplicar el porcentaje de probabilidad por el valor de la ventaja final.

Esta teoría, con algún significativo antecedente en Francia(1012), ha

(1012) I. E. POSTACIOGLU, *Fait simultanés et le problème de la responsabilité collective*, Rev. trim. droit. civ., 1954, p. 438, citado por G. VINEY, *Les conditions...*, cit., p. 212.

sido formulada y desarrollada bajo el nombre de «responsabilidad por incertidumbre» (*Liability for Uncertainty*) por los profesores de la Universidad de Tel-Aviv Ariel PORAT y Alex STEIN en un artículo publicado en una prestigiosa revista norteamericana (*Cardozo Law Review*)(1013). Hay que tener en cuenta, no obstante, que la intención de los autores excede el ámbito estricto de la doctrina de la pérdida de *chance*. La teoría de la «responsabilidad por incertidumbre» fundamenta, según dicen, la solución que, con mayor o menor precisión, ha tratado de justificarse en casos de incertidumbre causal a través de otras doctrinas, como la de la responsabilidad colectiva o la de la responsabilidad por cuota de mercado. A juicio de estos autores, tales teorías responden a una intuición que, sin embargo, sólo está coherentemente formulada en la teoría que ellos proponen(1014).

3.2. Según el criterio cuantificador adoptado

Hay una tendencia que, respetando el contenido típico de la doctrina de la oportunidad perdida –la regla de la reparación proporcional–, estima que el grado de probabilidad que tiene que hallarse para apreciar la ausencia de nexo causal entre el hecho ilícito y el perjuicio final –y la consecuente presencia del daño moral– hay que proyectarlo sobre el valor total de la ventaja inobtenida para calcular la cuantía de la indemnización. Bajo esta perspectiva, la circunstancia de que el fundamento de la resarcibilidad de la *chance* se localice en el ámbito de la perjudicialidad personal no altera el criterio de que el valor de la oportunidad preterida resulta de multiplicar el porcentaje de probabilidad de causalidad por el *quantum* total del daño final padecido(1015). La idea

(1013) *Liability for uncertainty: making evidential damage actionable*, *Cardozo Law Rev.*, núm. 18, 1997, pp. 1891-1959. No obstante, los autores parecen no descartar que el «daño probatorio» (*evidential damage*) al que hacen referencia pueda considerarse bajo alguna perspectiva como un daño de carácter económico (pp. 1898, 1910). Similares planteamientos en S. R. PERRY, *Protected interests...*, cit., pp. 270-276, 290-291.

(1014) Se dice, en particular, que la teoría de la pérdida de oportunidad, de la causalidad alternativa y de la responsabilidad por cuota de mercado tienen un reducido ámbito de aplicación y proporcionan una serie descoordinada de soluciones *ad hoc* que sólo pueden explicarse y perfeccionarse a través del *Liability-for-Uncertainty approach* (*ibidem*, p. 1897, 1903). Los profesores PORAT y STEIN se basan en la doctrina norteamericana de la *spoliation*, según la cual puede calificarse como *tort* la destrucción o manipulación de documentos que podrían ser determinantes de la resolución del proceso, señalando que, según la teoría de la «responsabilidad por incertidumbre»,

la información probatoria de la que se priva a la víctima no ha de ser una información necesariamente física o material: «*Evidential damage is inflicted in the world of inferences, non in the world of things*» (*Liability...*, cit., pp. 1897-1898). Los profesores fundamentan la teoría, además, en consideraciones de justicia material y de eficacia preventiva (pp. 1913-1919).

(1015) Este planteamiento es también el que proponen los profesores STEIN y PORAT en todas las hipótesis de «responsabilidad por incertidumbre» (*Liability...*, cit., pp. 1919-1920). Ahora bien, la probabilidad que es preciso utilizar para cuantificar el daño padecido es, según ellos, la de que un juez hubiera apreciado que el agente dañoso es responsable. Ejemplificada a través de los casos de responsabilidad civil por actuaciones médicas, su postura consiste en cuantificar la indemnización atendiendo a las posibilidades, no de que un diagnóstico tempestivo hubiera evitado el malestar físico que ha padecido el paciente, sino de que un juez hubiera apreciado esta circunstancia. Esto es así porque, desde su punto de vista, el daño resarcible es, no tanto el

es que el alcance del daño moral que ocasiona la pérdida de una posibilidad es tanto mayor cuanto mayores sean las probabilidades de que, de no mediar el hecho ilícito, la víctima hubiera dejado de sufrir el menoscabo(1016).

Hay una línea jurisprudencial de la Sala 1ª del Tribunal Supremo que se atiene a este planteamiento en asuntos relativos a la responsabilidad civil de profesionales legales. La sentencia que la inauguró es de 20 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3793), confirmatoria de la condena a la indemnización del daño moral pronunciada por la Sala *a qua* en contra de un procurador que olvidó presentar un recurso. Según se desprende de la sentencia, la instancia calculó el monto de esa indemnización atendiendo al grado de probabilidad de que el perjudicado hubiera vencido en el proceso que no pudo celebrarse. El Tribunal Supremo confirmó este criterio señalando: «ninguna contradicción existe en que al examinar la Sala, como único medio de aproximarse al alcance de los posibles daños y perjuicios, razone sobre la improsperabilidad de la alzada y sus expectativas, que se perdió por negligencia del procurador, en términos que son plenamente aceptables y que, desde luego, no pretenden sustituir lo que pudiera haber sido el resultado definitivo, por ser ello tarea imposible, y que al mismo

posible empeoramiento de la salud del paciente, sino la reducción de las probabilidades de que un juez pudiera apreciar el hecho de la causalidad. Este planteamiento, trasladado a los casos de responsabilidad civil de profesionales legales, significa que, para representarse los acontecimientos como si no hubiera mediado el hecho ilícito, el órgano decisor debería determinar en qué medida un juzgador estimaría que el cliente perjudicado habría vencido en el proceso que no llegó a tramitarse. Así, pues, si de ordinario, la indemnización de la pérdida de una oportunidad procesal exige dos juicios (el real, instanciado por la víctima; y el hipotético, que habría tenido lugar de no haber mediado la negligencia profesional), para los profesores mencionados los juicios a realizar son tres: el verdadero; el que habría tramitado otro juez con la información probatoria de que fue privada la víctima; y el que habría tenido lugar sin la intervención del hecho ilícito. De esta modo, no se realiza un «juicio del juicio», sino un «juicio del juicio del juicio».

(1016) Esta teoría está insinuada en E. COBREROS MENDAZONA, *El Tribunal...*, cit., p. 198, en relación con la pérdida de una oportunidad extraprocesal, esto es, de la posibilidad de que, a través de la mediación del Defensor del Pueblo Europeo, la víctima obtuviera una solución amistosa con la Institución comunitaria afectada. Según este autor, esta pérdida «no puede hacerse equivaler al daño material directa-

mente infligido por la actuación de la Institución comunitaria que hubiese incurrido en mala administración, sino que habrá de englobar en el ámbito, mucho más difícil de precisar (y, sobre todo, de evaluar económicamente), del *daño moral*». También puede asimilarse al planteamiento expuesto en el texto la posición de E. LLAMAS POMBO, *Responsabilidad civil...*, cit., p. 4. El autor se pregunta cuál es la consistencia del daño que inflige al cliente el abogado negligente, apuntando que puede identificarse con la pérdida del pleito o con la mera posibilidad de ganarlo. Señala que caben al respecto dos respuestas alternativas: la primera, consistente en realizar un «juicio dentro del juicio» y calcular el grado de probabilidad de éxito con que se contaba, obteniéndose así la reparación de un daño patrimonial que se corresponde con el total o con parte de la ventaja apetecida y frustrada; la segunda, consistente en valorar exclusivamente el daño como una pérdida de oportunidad y fijar la indemnización pertinente en concepto de daño moral. Pero apunta que, en este segundo caso, se tiene en cuenta siempre el grado de probabilidad de éxito con que se contaba, elevándose la indemnización por daño moral si era considerable y disminuyéndose si era exiguo, con lo que señala que, en rigor, no hay diferencia entre una solución y otra, aunque, en un caso, se reputa que el daño causado es patrimonial y en el otro que es moral.

tiempo se valore como indemnizable el daño moral producido por la privación del derecho al recurso que tenía a su favor la parte demandante, no obstante, aquel recurso en el caso de haberse ejercitado concluyera con la indemnización establecida por el daño moral»(1017).

Más interesante resulta la STS (Sala 1ª) de 14 de julio de 2003 (RJ 2003, 4630), pues, a diferencia de la anterior, explicita el cálculo de prosperabilidad que se proyecta sobre el *quantum* de la indemnización del daño moral. El Alto Tribunal homologa el juicio pronóstico efectuado por la resolución recurrida, la cual consideró, de forma razonada, que era «muy escasa» la viabilidad de la demanda que el abogado presentó después de haber transcurrido el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil. Cifrada la pretensión económica del demandante en 60.000.000 Ptas. (valor adjudicado a las graves lesiones corporales que sufrió), la AP fijó la indemnización que, en concepto de daño moral, tenía que abonar el demandado en 1.500.000 Ptas., siendo desestimado el motivo casacional que postulaba su incremento con base en un pronóstico de prosperabilidad de la demanda opuesto por completo al fijado judicialmente.

La SAP Cantabria (Secc. 3ª) núm. 265/2005, de 14 de julio (JUR 2005, 220866) realiza una aplicación particularmente clara de esta doctrina. Después de estudiar el asunto y realizar un pronóstico en torno a la probabilidad de que la pretensión frustrada fuera estimada, señala: «*Debe por ello acogerse la doctrina de la prosperabilidad (...). Y asumida tal doctrina como método adecuado para determinar la indemnización ha de acudir ahora a la estimación del porcentaje de probabilidad de éxito de la pretensión que se ejercitaba (...), entendiendo esta Sala adecuado el citado por el propio apelante recurso con carácter subsidiario del setenta por ciento de la cantidad abonada, dado que la probabilidad de estimación del mismo puede calificarse como elevada*». Concretadas las probabilidades de éxito en el 70%, se declara el derecho a la indemnización del 70% del beneficio inobtenido (25.741,05 €).

Hay otra tendencia que considera que, tratándose de un daño moral, la pérdida de una oportunidad sólo puede valorarse atendiendo a la equidad y al prudente arbitrio del juzgador(1018). Para esta postura, las probabilidades de consecución de la ventaja con que contara la víctima

(1017) En esta línea, la STS de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8971), comentada en Cap. III, ap. II.2.1.

(1018) Son ciertamente excepcionales los autores que, como el argentino J. J. MOSSET ITURRASPE, *Frustración...*, cit., p. 77, adjudican a la *chance* una naturaleza patrimonial y, a la vez, entienden que la valoración del daño no se hace por medio del cálculo de la probabilidad sino a través de la equidad. Según se entiende normalmente, la teoría ontológica patrimonial impone también el criterio probabilístico como pauta de valoración. Así, por ejemplo, los también argentinos G. A. STIGLITZ y C. A. ECHEVESTI, al estudiar el daño por la oportunidad perdida y poniendo como

ejemplo el caso del abogado que por su negligencia frustra la probabilidad de una sentencia favorable para su cliente, dicen que la indemnización se ha de fijar en función de un razonado balance de probabilidades objetivas en pro y en contra, sin que pueda cifrarse en el total del monto del pleito, sino en proporción al grado de probabilidad efectiva, de modo que, si el valor del pleito es 100 y la probabilidad de éxito se cifra en un 30%, el valor de la *chance* perdida se ha de fijar en el 30% de aquel valor (*El daño resarcible*, en AAVV, *Responsabilidad civil*, dir. J. J. Mosset Iturraspe, Hammurabi/Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 225).

cobran relevancia en el plano del *an*, donde se determina si hay lazo causal acreditado entre el daño final y el hecho ilícito o —cuando no lo hay— si concurre el daño moral por la pérdida de una *chance*. Pero en el plano del *quantum*, faltando criterios legales u objetivos con que traducir en dinero el perjuicio personal padecido por la pérdida de una posibilidad, hay que estar a las soluciones equitativas que el órgano decisor estime oportunas en cada caso(1019).

Una aplicación paradigmática de esta tesis es la SAP Barcelona (Secc. 1^a) de 31 de enero de 2002 (JUR 2002, 75193). El descuido de un Letrado provocó la caducidad del recurso de casación anunciado contra la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña que desestimó la pretensión deducida por el demandante en cuanto a la forma de computar un complemento de pensión que se había comprometido a satisfacer a sus empleados el «Banco Exterior de España», para el que había trabajado el actor. En relación con la responsabilidad civil del abogado, la Audiencia considera que *«la acción ejercitada exige realizar un examen externo de la cuestión, a fin de esclarecer cuáles habrían sido las posibilidades de éxito de la pretensión del actor y de esta manera decidir si éstas eran tan patentes que resulte notorio que Don Domingo F. G. se ha visto privado, a causa de la negligencia del Letrado, de un complemento de pensión al cual tenía derecho, o si, por el contrario, la posibilidad de percibir dicho complemento no es más que una mera expectativa incierta. En el primer caso, la indemnización habría de resarcir la pérdida económica; en el segundo, sólo adquiere derecho a ser indemnizado por el perjuicio moral padecido»*. De este modo, el daño por pérdida de oportunidad, entendido como perjuicio de carácter personal, sólo se produce cuando el grado de probabilidad de que el agente dañoso fuera causante es insuficiente a los efectos de tener por cierto el nexo de causalidad. Partiendo de este planteamiento, la sentencia calcula esa probabilidad, basándose en los dictámenes «serios y fundados» elaborados por especialistas en Derecho laboral y en sus propias pesquisas(1020). La

(1019) El abogado ALBENÉS MEMBRILLO (*La responsabilidad...*, cit.), al referirse al problema de las oportunidades procesales, señala que son dos los criterios a los que puede acudir para valorar el daño causado: el primero consiste en analizar las posibilidades de éxito que tendría la acción ejercitada en el proceso precedente, de no haber sido abortadas por la actuación negligente del profesional, de modo que la indemnización se acercará más a la cuantía reclamada en la medida en que fueran más las posibilidades de éxito con que se contara, alejándose en el caso contrario; y el segundo consiste en reparar el daño causado mediante el prudente criterio del juzgador, pero sin relacionarlo con la cuantía del proceso, dotándose así de autonomía al criterio valorativo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que es el que resulta vulnerado mediante la negligente actuación del profesional (p. 98). El autor no expresa de forma completamente nítida

su preferencia en relación con estos criterios que quedan definidos con un carácter antitético, pero, en todo caso, parece expresar su falta de simpatía por el primero. En efecto, insiste, de un lado, en que nadie puede fijar con absoluta seguridad que la reclamación frustrada habría sido atendida, de no haber actuado el profesional con su negligencia (p. 96) y, de otro, dice que equivaldría a una revisión de la sentencia firme recaída en el proceso antecedente, lo que, en su concepto, supone que el juez se arrogaría unas facultades supervisoras que no le corresponden (p. 98). Una crítica a estos planteamientos, complementaria de la que se lleva a cabo en este Capítulo (ap. III.4), en Cap. IV, ap. III.2.3; y Cap. VIII, ap. II.2.1.

(1020) Se dice en este sentido que «[a]unque son las partes las que deben probar los hechos en los que fundan sus pretensiones, esta Sala ha intentado hallar alguna sentencia más reciente que trate la materia debatida y tam-

conclusión es que «no es posible determinar si la tesis sostenida por el actor hubiera sido acogida por el Tribunal Supremo y de aquí que no sea factible identificar el perjuicio padecido con la cantidad que se reclamaba ante la jurisdicción social». Consecuentemente, declara la Audiencia, «sólo se puede considerar la presencia de un perjuicio de índole moral». En relación con este perjuicio, señala que es de «difícil determinación», dada la «falta de bases objetivas»; y que «sólo podrá indemnizarse con base en criterios de equidad». Por lo demás, la Audiencia descarta expresamente que ese daño pueda valorarse atendiendo a las posibilidades de victoria del recurso de casación: «No es dable llegar a la propuesta en la vista por el apelante, que solicita la mitad de lo que podría haber sido reconocido, porque el perjuicio no está en relación directa con la probabilidad de estimación, ni se ha probado que ésta fuera del 50%»(1021).

Hay en fin otra tendencia que vislumbra un daño moral por pérdida de *chance* en algunos casos en que *a priori* se intuye que es dificultoso averiguar si hubo o no lazo causal. En tales supuestos, según esta teoría, el juzgador queda liberado de calcular el nivel de probabilidad de que el hecho ilícito causara el daño, limitándose a compensar equitativamente el daño moral. Esta teoría rechaza así el cálculo de probabilidad tanto para apreciar si concurre o no el nexo causal como para cuantificar el daño moral(1022).

Así, la STS de 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7871), que declara: «resulta totalmente imposible saber sin introducirnos en el resbaladizo y absolutamente inadmisibles terreno de las conjeturas cuál hubiera podido ser el tratamiento (estimación o desestimación) que habrían recibido los tres frustrados (por la no personación del procurador demandado) recursos de apelación». Expresado así el criterio de que en el caso resulta inadmisibles averiguar si el demandado causó el daño o, lo que es lo mismo, si la víctima habría vencido en los procedimientos, afirma la existencia de un daño moral en concepto de pérdida de

poco ha conseguido llegar a conclusiones definitivas».

(1021) Parecidos argumentos se encuentran en la SAP de Barcelona de 2 de noviembre de 1995: El (...) letrado dejó de promover (...) el recurso contencioso ordinario (...) de tal manera que adquirió firmeza la sanción de suspensión por múltiples faltas graves, impidiendo que llegaran a ser dilucidados (...) los eventuales defectos de legalidad ordinaria de que adoleciera la resolución administrativa disciplinaria (...). Para los recurrentes el daño que se reclama se corresponde con las cantidades que hubieran percibido de haber prosperado sus demandas impugnatorias de las sanciones de suspensión y de despido, pero, para admitir tal afirmación, hubiera sido preciso demostrar qué distinto habría sido el resultado del juicio si la defensa... hubiera sido acorde con la «lex artis» (...). Pero es que, aún dejando al margen el juicio hipotético del resultado que hubieran obtenido los demandantes de haber sido promovidas correctamente las impugnaciones (...), el patri-

monio del cliente (...) padece un daño (...) moral (...) por la (...) circunstancia de que su derecho a la tutela judicial (...) se ve frustrado por una (...) negligente actuación de su letrado. En tal caso, el perjuicio indemnizable al perjudicado se desliga totalmente del contenido patrimonial concreto de la acción jurisdiccional no ejercitada (...) y viene integrado exclusivamente por la pérdida de su derecho de acceso a los Tribunales (...). En cualquier caso, es evidente que dicho descuido ocasionó un perjuicio, pero éste no puede identificarse con el éxito de la acción (...) entablada (...), en cuanto que (...), no existiendo la más mínima base para entender que el Tribunal Supremo habría resuelto el litigio favorablemente a sus intereses (...), el perjuicio no se puede identificar con lo pretendido en el pleito precedente, y sí con el daño moral sufrido por los (...) apelantes al verse privados de la posibilidad de ver enjuiciado su asunto en (...) vía superior.

(1022) A esta tendencia nos hemos referido críticamente en Cap. IV, ap.III.2.3.

oportunidad, valorando según el «prudente» arbitrio: «*sí aparece probado el perjuicio o daño moral que sufrieron los demandantes, aquí recurridos, al verse irremisiblemente privados, por la negligente conducta de dicho procurador, del derecho que les asistía a que su demanda fuera estudiada por el Tribunal de Apelación y, en su caso, por el Tribunal Supremo*»(1023).

4. REVISIÓN CRÍTICA

La teoría ontológica personal justifica el surgimiento del crédito resarcitorio, superando así la sensación de injusticia que suscita la teoría del todo o nada, que en las hipótesis de incertidumbre causal conduce a denegar la protección resarcitoria. Al ligar la *chance* perdida con un bien de la personalidad, se respeta la teoría clásica de la causalidad sin acudir al artificio de que la oportunidad constituye una entidad económica preexistente en el patrimonio jurídico de la víctima. Sin embargo hay razones para rechazar la teoría del perjuicio personal.

El daño moral es la consistencia *in re ipsa* de cualquier ataque a un bien de la personalidad que debe repararse siempre que quede acreditada la intromisión ilegítima en la esfera corporal o espiritual de la persona independientemente del mayor o menor sufrimiento efectivo soportado por la víctima. En este sentido, el daño personal es primariamente objetivo; y ello sin perjuicio de sus eventuales componentes subjetivos (*turbatio animi*), que pueden justificar un incremento del resarcimiento en este concepto(1024). El daño personal (moral) reclama así un régimen singular de valoración probatoria porque se aprecia siempre que algún bien de la personalidad es agredido, sin que, por tanto, la tutela indemnizatoria del agraviado quede condicionada a la demostración cabal de la existencia de ese daño; porque éste siempre existe(1025).

(1023) En esta línea, las precitadas STS de 8 de abril de 2003; SAP de Asturias (Secc. 1ª) de 8 de abril de 1997; y SAP de León de 16 de diciembre de 1994.

(1024) El daño no patrimonial, dice, Adriano de CUPIS (*El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, trad. 2ª, ed. y estudio preliminar Ángel Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1975, p. 764) está ligado a los derechos de la personalidad de forma tan íntima que la prueba de la violación de cualquiera de ellos contiene en sí la prueba de su existencia. Esta sobresaliente idea ya aparecía en la sentencia de 6 de diciembre de 1912, en la que se declaró que «*el valor de tales perjuicios [los morales causados por la ofensa al honor] no descansa siempre en la prueba que haya de practicar en la litis, sino en el reconocimiento prudente prestado a la reclamación en los escritos fundamentales de la discusión*» (vide F. DE CASTRO BRAVO, *Los bienes de*

la personalidad, en *Temas de Derecho civil*, ed/a, Madrid, 1972, p. 11). Es también la *ratio* de la presunción que establece el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en cuyo primer inciso se establece que «*la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima*». Sobre el tema vide, además, S. MUÑOZ MACHADO: *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Ariel, Barcelona, 1988; F. PANTALEÓN PRIETO, *La Constitución, el honor y unos abrigos*, La Ley, 1996/2.

(1025) Naturalmente, quedan excluidas de este régimen probatorio las consecuencias perjudiciales personales derivadas de un daño material (el llamado perjuicio de afección de quien pierde, por ejemplo, un animal de compañía o unas fotografías de gran valor sentimental). Quien sufre

Así pues, si la pérdida de una oportunidad fuera un daño moral, la lesión del bien de la personalidad debería justificar *per se* el surgimiento del derecho indemnizatorio. Sin embargo, la doctrina del perjuicio personal condiciona la apreciación y la reparación de la *chance* a la demostración de que no hay nexo de causalidad entre el hecho ilícito y la pérdida de la ventaja final. La existencia de un daño moral no puede depender del resultado de un cálculo *ex post* de probabilidades. Para la teoría cuestionada, la existencia y consistencia del perjuicio extrapatrimonial depende, no de la intromisión ilegítima en la esfera personal del afectado, sino de la información de que dispone el juzgador para apreciar si la conducta del agente dañoso fue *condicio sine qua non* del perjuicio final padecido. Y no puede admitirse que la lesión de un bien jurídico de la personalidad exista o deje de existir según la cantidad y la calidad de los datos y criterios de que dispone el órgano decisor para apreciar retrospectivamente el hecho de la causalidad. La doctrina del perjuicio personal, al igual que la ontológica del perjuicio patrimonial, encierra una estratagema jurídica consistente en la invención de una entidad –en este caso extrapatrimonial– para esquivar la teoría general de la causalidad y, de este modo, proporcionar una indemnización parcial de perjuicios eventuales o hipotéticos(1026).

Evidentemente, siempre que se produce un hecho ilícito hay un daño moral al que, sin embargo, el Derecho adjudica relevancia sólo en determinados casos. El mero padecimiento de un detrimento económico o fisiológico produce siempre una situación de malestar o molestia que puede catalogarse sin dificultad como daño moral. La teoría ontológica parece sostenible si se entiende que su objetivo es, simplemente, atribuir relevancia jurídica a ese género de perjuicio que de ordinario carece de reparación en nuestro Derecho. Sin embargo, la relevancia dañosa que, bajo esta perspectiva, adjudicaría la teoría de la *chance* viene determinada por la ausencia de prueba del nexo causal y su valor se obtiene (según la mayor parte de las teorías ontológicas) en función de la cuantía del perjuicio final. Tal circunstancia revela cómo, en realidad, el objeto de la reparación es, no un daño moral, sino el perjuicio final eventual.

Ciertamente, asistimos, en la actualidad, a una creciente aceptación de nuevos daños personales que afectan a la existencia del individuo, con el complejo de bienes y valores que integran su dignidad, como concepto distinto al de sus pertenencias (bienes materiales). Los dere-

una pérdida patrimonial no puede obtener automáticamente la reparación del perjuicio moral que tal pérdida le provoca, pues no puede decirse sin más que tal daño constituya la consistencia *in re ipsa* de un ataque a un bien de la personalidad. Se trata de una especie de daño moral que, para repararse, necesita ser probado específicamente.

(1026) En este orden de ideas, D. A. FISCHER (*Tort recovery...*, cit., p. 625) ha señalado que invocar el atentado a la autonomía del individuo para fundar la teoría de la oportunidad perdida constituye un mero subterfugio para eludir las consecuencias de la falta de prueba del nexo causal.

chos de la personalidad se revelan como un elenco de bienes que no es en absoluto cerrado porque están surgiendo nuevas manifestaciones que, enraizadas en la dignidad de la persona, reclaman, según el sentir general, protección resarcitoria(1027). En esta corriente progresiva de «personalización de la responsabilidad civil»(1028), la aparición de *nuevos* daños que afectan a *nuevas* esferas efectivas de la personalidad es un fenómeno primordialmente sociológico(1029), que adopta carta de naturaleza jurídica cuando lo que antes era una intromisión tolerable se aprecia comúnmente como una acción perturbadora que socava la dignidad de la persona. En este sentido, no puede excluirse que en los supuestos aquí contemplados de responsabilidad por acciones u omisiones de profesionales sanitarios o legales, se localice un daño moral relevante en la lesión del derecho del paciente a autodeterminarse o del cliente a su adecuada defensa. Pero, si así se entiende, la resarcibilidad de tales daños no puede subordinarse a la ausencia de la prueba de que el abogado, procurador o médico impidieron que el cliente o el paciente obtuvieran ganancias o evitaran daños. Tal lesión habría de tener relevancia en sí misma y repararse junto al perjuicio final en el caso de que se acreditara la conexión causal de éste con la conducta ilícita del profesional(1030). A su vez, si la causalidad no pudiera acreditarse, habría de indemnizarse parcialmente el daño final eventual e íntegramente el daño moral derivada del atentado al bien de la personalidad(1031). Aunque, claro está,

(1027) Así lo ha puesto de manifiesto el profesor F. GALGANO (*Diritto civile e commerciale*, vol. I, *Le categorie generali. Le persone. La proprietà*, 2ª ed., Cedam, Padova, Milano, 1996, p. 149), quien se refiere al carácter atípico de estos derechos, que permite a la jurisprudencia reconocer y garantizar nuevos bienes de la personalidad que no están específicamente previstos por la Ley. Por lo demás, el descubrimiento de nuevos daños personales viene facilitado e impulsado por el principio de atipicidad del ilícito que informa los sistemas de responsabilidad que, como el español, tanto en el Código civil como en la Ley 30/1992, están presididos por una cláusula general. Sobre esta cuestión en el Derecho italiano, donde el principio de atipicidad ha recibido un importante espaldarazo con la sentencia del Tribunal de Casación de 22 de julio de 1999, núm. 500, véase L. VIOLA, *Il danno...*, cit., pp. 25-28, 133-150.

(1028) P. CENDON, *Esistere o non esistere*, en AAVV, *Trattato breve dei nuovi danni*, cit., vol. I, Cedam, Padova, p. 2.

(1029) P. ZIVIZ, *Verso un altro paradigma risarcitorio*, en AAVV, *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, dir. P. Cendon y P. Zivic, Giuffrè, Milano,

2000, cap. II, p. 43, y L. VIOLA, *Il danno...*, cit., p. 29.

(1030) Estamos ante un fenómeno que no es nuevo, pues, en términos generales, el aislamiento del daño moral como concepto dañoso se produjo en nuestra jurisprudencia en supuestos en que no podía afirmarse daño patrimonial alguno (SSTS de 6 de diciembre de 1912; y de 19 de octubre de 1909). Aislado el daño moral (por atentado al honor o por la muerte de un niño), la jurisprudencia posterior mantuvo el reconocimiento de este concepto en supuestos en que se indemnizaban perjuicios patrimoniales.

(1031) Es la idea que insinúa F. GÓMEZ POMAR (*Pleitos tengas...*, cit., p. 5) cuando señala que «la pérdida de oportunidad se pretende con demasiada frecuencia independizar tanto de la cuantía de la ganancia futura, como de la probabilidad de éxito del pleito». El autor dice no descartar por completo «que, además del valor esperado patrimonial, pueda haber una componente de daño moral cuando se pierde la oportunidad de reclamar o recurrir judicialmente». Para este autor, «la posibilidad de hacer valer derechos e intereses ante los Tribunales, y solicitar su tutela y protec-

esa responsabilidad parcial o proporcional no puede fundamentarse en ninguna de las teorías ontológicas analizadas.

Así pues, resulta bastante claro que, por el momento, el daño moral se utiliza como «fórmula mágica» o «comodín» con que ocultar que el perjuicio que se quiere reparar es, realmente, el daño final eventual, incierto o inseguro(1032). La «ductilidad» del daño moral(1033), su «carácter borroso y expansivo» en el Derecho español de daños(1034), está permitiendo, además, en algunas de las versiones teóricas analizadas, aplicar la teoría de la *chance* de forma laxa, sin sujeción a los parámetros de racionalidad que ésta proporciona en cuanto a la determinación y valoración de ese daño puramente eventual. La teoría del perjuicio personal instrumentaliza de este modo la noción de daño moral para eludir la regla de la indivisibilidad de la causa y, al mismo tiempo, algunas de las exigencias típicas de la doctrina de la pérdida de oportunidad. De este modo, se deja el resarcimiento al margen de la razonabilidad de la técnica valorativa propia de la *chance* perdida y se opta por un criterio de equidad que, sin afirmarlo como subsidiario, queda desnutrido desde el momento en que se sostiene que ha de utilizarse sin tener en cuenta el valor de la utilidad inobtenida.

IV. La teoría ontológica y su relación con otros expedientes justificativos de responsabilidades sin causa física probada

1. PLANTEAMIENTO

Las teorías justificadoras de la doctrina de la *chance* son, como he-

ción, es algo que los ciudadanos valoran de por sí, con independencia de los intereses o derechos concretos que se hagan valer». Por lo demás, es frecuente que los tribunales de otros ordenamientos indemnizen, además del daño por pérdida de oportunidad, perjuicios de naturaleza personal o moral. Sobre el tema, en los Estados Unidos, J. H. KING, «*Reduction of...*», cit., p. 504; J. PERKINS, *McMullen V. Ohio State University Hospitals: legal recovery for terminally ill and injured patients without the lost chance doctrine*, Univ. Toledo L. Rev., núm. 32, 2001, p. 462. En cierto modo, es también el planteamiento al que se atiene el TEDH cuando reconoce el derecho a una indemnización por dos conceptos diferenciados: el perjuicio patrimonial que supone la pérdida de *chance* y el daño moral (cfr. Cap. II, ap. III.2.2).

(1032) R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (*Responsabilidad...*, cit., pp. 20-21) se ha referido al daño moral como «fórmula mágica» con que la jurisprudencia elude el

cálculo de prosperabilidad del recurso que no fue interpuesto en supuestos de responsabilidad civil de profesionales legales. Por su parte, E. VICENTE DOMINGO (*El daño...*, cit. 247) ha puesto de manifiesto cómo «el daño moral, en ciertas ocasiones y debido a su contenido versátil, se instrumentaliza y se utiliza, como un comodín». Añade que esto, «si bien es criticable, ocurre y la razón estriba en que el daño moral presenta la «ventaja» de poder ser utilizado a conveniencia y esconder otros conceptos indemnizatorios, como el propio daño patrimonial cuando éste no puede acreditarse pero se intuye que existe» (*idem*).

(1033) En parecido sentido, E. VICENTE DOMINGO se ha referido a esa «ductilidad», señalando que «[e]s dudoso que la naturaleza de ese daño [la pérdida de oportunidad] sea, en todos los casos, la de daño moral» (*El daño...*, cit., p. 247).

(1034) Así, F. GÓMEZ POMAR (*Pleitos ten-gas...*, cit., p. 1) distanciándose de «aquellas posturas doctrinales que insisten en el ca-

mos visto, altamente artificiosas; y similares conclusiones se derivan del examen detenido de las teorías de la responsabilidad colectiva y por cuota de mercado, que establecen la distribución de la indemnización entre los componentes de una colectividad en la que se integra el autor no identificado del daño(1035). La doctrina, cuando ha tratado de buscar argumentos con que explicar la responsabilidades sin causa que se preconiza en esos supuestos, utiliza expedientes teóricos tan poco consistentes como el de que la oportunidad perdida es una entidad económica preexistente o un bien jurídico de la personalidad. Son los que podemos denominar expedientes paliativos de la indivisibilidad de la causa, esto es, estrategias argumentales poco consistentes vertidas para eludir la exigencia de que se afirmen jurídicamente causalidades reales.

2. LA DIFICULTAD DE EXPLICAR DOGMÁTICAMENTE LAS DOCTRINA DE LA CAUSA ANÓNIMA Y DE LA RESPONSABILIDAD POR CUOTA DE MERCADO

2.1. *La teoría de la personificación*

En relación con la teoría de la responsabilidad colectiva, se ha dicho que el conjunto de posibles autores constituye una especie de personificación o «sociedad de hecho» a la que puede imputársele el daño, distribuyéndose después la deuda indemnizatoria entre todos los «socios»(1036). Se trata de una explicación seductora que, sin embargo, no puede sostenerse(1037). A ella se acude *a posteriori* para justificar la solución que reclama la voluntad de que la víctima quede adecuadamente amparada, sin que tenga que padecer las consecuencias que derivan de la imposible identificación del concreto autor de la lesión(1038). Prueba de que el fundamento de tal solución no se halla en la previa constitución de esa sociedad de hecho es que ésta se diluye cuando el autor concreto del daño es identificado, pues entonces la responsabilidad civil se hace recaer sólo sobre él(1039). Cabe añadir también que desaparece esa supuesta sociedad fáctica cuando uno de los miembros demuestra que no ha podido ser el autor del daño, pues entonces queda sustraído a la responsabilidad que se impone solidariamente a los restantes.

2.2. *La teoría de la causa presunta*

Se ha defendido también que el fundamento de la solución se encuentra en la existencia de una presunción *iuris tantum* de causalidad

rácter independiente de la pérdida de oportunidad respecto del valor de la ganancia perdida, y se esfuerzan por concebir la existencia de un valor propio o *per se* de la pérdida de oportunidad».

(1035) Recuérdense las diferencias entre estas doctrinas señaladas en Cap. I, ap. III.3.2.4.

(1036) Según G. VINEY/P. JOURDAIN, *Les*

conditions..., cit., p. 211, esta tesis es mayoritariamente aceptada en Francia. De ella se ha hecho eco en España, sin suscribirla, V. MÚRTULA LAFUENTE, *La responsabilidad...*, cit., p. 38.

(1037) G. VINEY/P. JOURDAIN, *Les conditions...*, cit., p. 211.

(1038) *Idem.*

(1039) *Idem.*

aplicable en estos casos(1040). Conforme a esta doctrina, el perjudicado cumple con los requerimientos probatorios que se le imponen cuando demuestra que el daño lo ha ocasionado uno de los miembros identificados integrantes de un concreto grupo. Aportada esta prueba, hay que presumir que todos los miembros han propiciado la lesión, correspondiendo a cada uno enervar dicha presunción. Esta argumentación resulta igualmente criticable y, como la anterior, encierra una ficción con que encubrir la afirmación de responsabilidades sin causa (demostrada), pues resulta indiscutible que, salvo uno, los sujetos que con arreglo a la teoría de la causa anónima resultan condenados no ocasionaron la lesión. La teoría general de la causalidad física obliga a tener por cierto el hecho causal cuando las probabilidades de que el perjuicio no hubiera tenido lugar sin el hecho ilícito alcanzan un cierto grado (50% en el Derecho angloamericano; 80% en el Derecho continental). Sin embargo, la teoría de la causa anónima afirma responsabilidades en casos en que no se tiene esa certeza(1041). Por eso el recurso a una presunción legal de causalidad aparece como una invención de un nexo causal inexistente o incierto para, sin discutir el paradigma causal vigente, fundar una responsabilidad carente de causa(1042).

2.3. La teoría de la «responsabilidad por incertidumbre»

La teoría de la «responsabilidad por incertidumbre», sostenida por los profesores de la Universidad de Tel-Aviv Ariel PORAT y Alex STEIN, aporta otra explicación de la regla de indemnización proporcional utilizada para casos de causalidad alternativa en el marco de las doctrinas de la responsabilidad colectiva y por cuota de mercado. En relación con las primeras, los autores toman como ejemplo el clásico de los dos cazadores que, negligentemente, disparan simultáneamente, sin que se sepa cuál

(1040) Es la tesis defendida en Francia por G. VINEY/P. JOURDAIN, *ibidem*, p. 212.

(1041) Es la crítica que en cierto modo expresa V. MÚRTULA LAFUENTE, *La responsabilidad...*, cit., p. 39, cuando señala que «esta teoría no nos satisface plenamente porque tan sólo se refiere a un criterio procesal que no explica por qué alguien puede ser condenado a indemnizar cuando no se ha comprobado la concurrencia de los presupuestos necesarios de la responsabilidad civil».

(1042) Este expediente equivale a las presunciones legales (*iuris et de iure* o *iuris tantum*) de culpa con que la doctrina intentó inicialmente comprender los preceptos que establecían responsabilidades sin culpa. El más significativo de estos preceptos es el artículo 1905: «*El poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los daños que causare, aunque se le escape o extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en el*

caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese sufrido». En lugar de entrever que estas disposiciones se atenían a razones y criterios distintos de la culpa para justificar la atribución jurídica del daño causado, la doctrina civil halló en ellos un fundamento de signo subjetivista. Cfr. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. IV, *Derecho de Obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, 15ª edic., rev. y puesta al día por J. Ferrandis Vilella, Reus, Madrid, 1993, p. 992; A. DE COSSÍO Y CORRAL, *La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho Español*, ADC, t. 19, 1966/3, p. 541; y F. FERNÁNDEZ DE VILLAVIGENCIO ARÉVALO, *Responsabilidad civil sin culpa y responsabilidad objetiva*, Ans. Acad. Matrit. Not., t. 13, 1962, p. 35. Sobre esta cuestión, subrayando los paralelismos con el problema de la responsabilidad sin causa, volveremos después (ap. V.3.2).

fue el tiro que alcanzó al perjudicado(1043). Habiendo sólo un 50% de probabilidad de que cada cazador ocasionara las lesiones, en ningún caso puede tenerse por cierto el nexo causal. Sin embargo, puede aseverarse con toda seguridad que uno de los cazadores disparó un proyectil que no hirió a la víctima; y que tal sujeto, al accionar su arma, ha generado un relevante «daño probatorio» porque, de no haber disparado, el juzgador habría dispuesto de la suficiente información con que apoyar la hipótesis de que su compañero era el causante del daño producido(1044).

En cuanto a la doctrina de la responsabilidad por cuota de mercado, se dice que la solución del famoso asunto *Sindell versus Abbott*, en relación con las lesiones sufridas por las hijas de las consumidoras de la píldora antiabortiva DES(1045), habría podido justificarse de la misma manera: la colocación en el mercado de una medicina cancerígena dificulta la identificación del concreto fabricante de la unidades efectivamente consumidas por las madres de las víctimas, pudiéndose configurar como un «daño probatorio» (*evidential damage*) en sí mismo. Esta teoría se corresponde con la denominada doctrina ontológica del perjuicio personal ya analizada críticamente(1046). Es también una estratagema con la que disfrazar de derecho a la obtención de información probatoria o a la libre autodeterminación la indemnización parcial de un perjuicio puramente hipotético.

2.4. La teoría del riesgo creado

Otra argumentación consiste en sostener que la actividad del grupo es una actividad peligrosa y que, de conformidad con la teoría del riesgo creado, cabe imputar el daño a los sujetos que estaban envueltos en esa actividad, aunque sólo uno fuera efectivamente el causante del daño producido(1047). Esta teoría no puede aceptarse porque el riesgo

(1043) *Liability...*, cit., pp. 1901-1902.

(1044) *Idem*. Recuérdese que, como hemos visto (en este Cap., ap. III.3.1), esta es la tesis que ya en los años cincuenta sostuvo I. E. POSTACIOGLU, *Fait simultanés...*, cit., 1954, p. 438 (citado por G. VINEY, *Les conditions...*, cit., p. 212).

(1045) Recogido en Cap. I, ap. III.3.2.5. Una crítica a la medición de probabilidad que impone, exclusivamente basada en la cuota de mercado, en Cap. IV, ap. III.3.2.

(1046) En este Cap., ap. III.4.

(1047) Surgido en el Derecho alemán (vide L. ENNECERUS/T. KIPP/M. WOLFF, *Tratado de Derecho civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, vol. 2º, con anotaciones de B. Pérez González y J. Alguer Micó, trad. de la 35ª ed. alemana, Bosch, Barcelona, 1947, p. 662) constituye en la actualidad el planteamiento mayoritario en el Derecho argentino (cfr. M. ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Personas...*, cit., pp. 179-207). Su máximo exponente

en España es el profesor DE ÁNGEL, *Indeterminación...*, cit., pp. 74 ss.; *Tratado...*, cit., pp. 864 ss., quien reconoce que es un «artificio dogmático» cuya razón de ser se justifica, a la postre, en «razones de innegable fundamento jurídico y sociológico: injusticia de atribuir al perjudicado la *prueba diabólica* acerca de quién fue el autor efectivo del daño; absurdo a que conduce la circunstancia de que si el autor directo es conocido haya lugar a resarcimiento y de que en cambio no lo haya cuando con muy fundada verosimilitud cualquiera de varios haya podido ser el agente del daño, etcétera» (p. 877). También se ha sumado a esta tesis R. COLINA GAREA (*La relación...*, cit., pp. 96-98) y L. F. REGLERO CAMPOS (*El nexo...*, cit., p. 336), aunque este último señala también que «existe una presunción de autoría» y llega a reconocer que, en realidad, es uno de los casos en que «el componente causal no sólo se transforma, sino que incluso se prescinde de la imputación,

creado es un título de imputación subjetiva (como la culpa) con el que se resuelve en determinados casos el problema de decidir si el sujeto que materialmente causó el menoscabo debe o no afrontar la indemnización (1048). La aplicación de este criterio presupone, pues, la prueba de la *condicio sine qua non*. Además, el sistema de responsabilidad basado en el riesgo creado implica que el agente dañoso sólo puede exonerarse demostrando la incidencia de una fuerza mayor extraña al peligro desencadenado. En cambio, la doctrina de la causa anónima admite en todo caso la liberación del miembro del grupo que acredita, simplemente, que su conducta no provocó la lesión. A su vez, no todos los supuestos en que se admite la aplicación de esta doctrina se refieren a actividades consideradas peligrosas a los efectos de aplicar el riesgo especial como título de imputación subjetiva. Por estas razones es claro que la idea del riesgo se utiliza impropiamente, no para asegurar que quien realiza una actividad peligrosa repare los daños que cause, aún sin culpa; sino para afirmar causalidades inciertas, aunque no se esté en el ámbito de una actividad peligrosa. Estamos, pues, de nuevo, ante una forzosísima explicación con que eludir el explícito reconocimiento de que la responsabilidad colectiva es pura y simplemente una responsabilidad sin causa.

V. La proliferación de ficciones como síntoma de crisis

1. ¿HACÍA UNA NUEVA TEORÍA GENERAL DE LA CAUSALIDAD?

El análisis crítico de la teoría general de la causalidad (Cap. IV), de la doctrina del todo o nada (Cap. V), de la teoría ontológica y de los expedientes justificativos de las doctrinas de la causa anónima y de la responsabilidad por cuota de mercado (en este Cap.), permite avanzar alguna conclusión en torno a la evolución que está sufriendo el sistema de responsabilidad civil.

Resulta evidente que hay una anomalía que la Ciencia normal del Derecho de daños no acierta a resolver. Se trata de un problema intratable o irresoluble porque no se deja explicar con los recursos de la teoría o paradigma dominante. Tal problema es la consagración de responsabilidades sin causa física probada en supuestos de culpa anónima y pérdida de oportunidad; supuestos en que la víctima acredita sólo una etiología

entendida en su acepción clásica». Asimismo, M. YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema...*, cit., pp. 417-418) quien, no obstante, admite que la teoría del todo o nada como teoría negadora de esta doctrina es la solución a que conducen «las herramientas del más puro método dogmático» por «no existir prueba de la causalidad». Nótese que esta postura es muy similar a la que, según vimos (ap. II.4.1), el mismo autor

defiende en relación con la doctrina de la *chance*, al admitir que es un instrumento con que se reparan daños hipotéticos, pero abogando finalmente por la consideración de que la pérdida de una oportunidad produce un daño actual y emergente.

(1048) A la teoría del «riesgo creado» o «riesgo específico» nos hemos referido en Cap. I, ap. III.2.1.

posible sin que se le pueda imputar la ausencia de la información con que podría averiguarse si hubo o no efectivamente conexión causal. Esta solución es concebida, por lo general, como justa, pero no puede explicarse con el modelo causal tradicional porque son situaciones que sin duda dejan de satisfacer los requerimientos probatorios normales y, por ello, lo coherente sería denegar toda indemnización(1049).

Ha habido un cambio de perspectiva que ha permitido a los juristas apreciar la existencia de esa anomalía(1050). Ésta no ha surgido *ex novo*, pues la comunidad de expertos lleva mucho tiempo enfrentándose a ella. Sin embargo, al variar la óptica de su análisis, se le ha prestado mayor atención y se ha puesto de manifiesto que la teoría clásica es incapaz de encararla adecuadamente(1051). La cuestión de la incertidumbre causal está planteada desde el siglo XIX y principios del XX, cuando los Derechos francés e inglés formaron y exportaron la doctrina de la pérdida de oportunidad; y el BGB recogió la doctrina de la causalidad anónima o alternativa, pero sólo a partir de los años ochenta empezó a percibirse como anomalía, al observarse de otro modo(1052). Es entonces cuando el debate en materia de nexo causal dejó de reducirse a la tarea de localizar y desarrollar los criterios con que negar virtualidad jurídica a causas físicas probadas (causalidad jurídica o imputación obje-

(1049) La estructura del cambio que está sufriendo la teoría general de la causalidad se amolda en cierto modo a la estructura que, por lo general, caracteriza a cualquier revolución científica, según la descripción del físico y filósofo norteamericano Thomas Samuel KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. A. Contín, Fondo Cult. Econ., Madrid, 1975. En este orden de ideas, señala este autor que «[t]odas las crisis se inician con la confusión de un paradigma y el aflojamiento consiguiente de las reglas para la investigación normal» (p. 138). La «percepción de la anomalía abre un período en que se ajustan las categorías conceptuales, hasta que lo que era inicialmente anómalo se haya convertido en lo previsto» (p. 110).

(1050) «Los problemas que la ciencia normal considera enigmas pueden, desde otra perspectiva, verse como ejemplos en contrario y por consiguiente como fuentes de crisis» (*ibidem*, pp. 131-132).

(1051) «Nótese también, aunque ello no pueda parecer tan típico, que los problemas con respecto a los que se presentan los derrumbamientos, eran todos de un tipo reconocido desde mucho tiempo antes. La solución de todos y cada uno de ellos [los problemas] había sido, al menos en parte, prevista durante un período en

que no había crisis en la ciencia correspondiente» (*ibidem*, pp. 125, 241). «Cuando (...) se inicia la transición a la crisis y a la ciencia fuera de lo ordinario (...), la anomalía misma llega a ser reconocida de manera más general como tal en la profesión. Cada vez le presta más atención un número mayor de los hombres más eminentes del campo de que se trate» (*ibidem*, p. 136).

(1052) Es más, la idea de que la causalidad es fracturable sobre la que se edifica el nuevo paradigma es la que, en un primer momento, justificó en Francia el repartimiento de la indemnización en función de «cuotas causales» en supuestos de concurrencia del agente con la víctima, un tercero o un caso fortuito (*vid.* Cap. I, ap. III.3.2). En relación con este «cambio de perspectiva», son interesantes las consideraciones de MUÑOZ SABATÉ en cuanto a que las sentencias españolas que en los años ochenta acogieron la doctrina de la responsabilidad colectiva analizaron el problema del daño causado por miembro indeterminado de grupo «bajo otro prisma» determinante de que se entendiera que era posible «dar satisfacción por la vía del Derecho a un interés humano que aparece innegablemente merecedor de tutela» (*La prueba...*, cit., p. 249).

tiva) para centrarse en el problema de la demostración de la condición *sine qua non* (causalidad física) con el fin de garantizar protección en casos en que no se cumplen los postulados probatorios tradicionales. Dicho de otro modo, se captó fuertemente la necesidad, no de restringir el círculo de sujetos responsables que, por haber causado materialmente el daño, deberían en principio indemnizarlo, sino de extender la tutela resarcitoria a perjudicados que ni siquiera pueden demostrar que el hecho ilícito generó el menoscabo. De ahí que, como ha subrayado el profesor Luis Díez PICAZO, una de las características de la jurisprudencia de nuestro tiempo son «las erosiones que experimentan las reglas sobre prueba de la relación de causalidad entre la acción u omisión del demandado y el daño cuya indemnización se pretende»(1053). De este modo, se ha empezado a poner en entredicho lo que, aún hoy, parece un dogma incuestionable de todos los ordenamientos jurídicos, Ciencia normal o paradigma completamente asentado en el Derecho de la responsabilidad civil: el obligado a la reparación del daño puede ser sólo el sujeto que lo causó.

Ha favorecido el surgimiento de esa nueva perspectiva la proliferación de reclamaciones contra profesionales legales y sanitarios y la propagación de daños derivados del consumo de productos o de la exposición a fuentes contaminantes, es decir, la multiplicación de supuestos problemáticos de incertidumbre causal reveladores de la insuficiencia del modelo tradicional(1054). Ha influido también un dato de más profundidad: la toma de conciencia de que ni siquiera en las Ciencias de la naturaleza el conocimiento es incontrovertible y de que hasta la hipótesis más probable es susceptible de falsación(1055). El conocimiento de los hechos se funda en la probabilidad, y no en la absoluta certeza, lo que significa que cabe siempre la discrepancia entre lo efectivamente acaecido y lo que se reputa efectivamente demostrado o indemostrado. Por eso la imposibilidad de acreditar el nexo causal no siempre elimina la sospecha de que en el mundo real estuvo presente. Las doctrinas de la pérdida de oportunidad y la culpa anónima constituyen la respuesta a

(1053) *Derecho...*, cit., p. 238.

(1054) Algo parecido motivó la percepción de que el paradigma de la culpa había entrado en crisis dentro del Derecho español. Al establecerse legalmente que el riesgo creado es el título de imputación subjetiva de los daños sufridos en el ámbito de la circulación de vehículos a motor, empezó a notarse la necesidad de trasladar idéntico criterio a otras actividades peligrosas. Lo curioso es que la regulación de la responsabilidad por los daños producidos en el marco de algunas de las más antiguas actividades de peligro establecía ya la solución que después acogió la Ley de Uso y Circulación de Vehículos a Motor, de 24 de

diciembre de 1962. Es reveladora la observación de A. HERNÁNDEZ GIL en el sentido de que «la misma idea aparece insinuada en el artículo 1905 del Código Civil, ya que la responsabilidad por los daños de los animales subsiste aun cuando éstos se escapan o extravíen» (*La responsabilidad civil en la Ley de 24 de diciembre de 1962*, Pretor, ene.-feb. 1964, p. 89). En el siguiente apartado se analiza específicamente la crisis que ha sufrido la teoría de la responsabilidad por culpa comparándola con la que está afectando a la doctrina clásica de la causalidad.

(1055) Cfr. Karl Raimund POPPER, *La lógica...*, cit., pp. 75-88.

este problema, habilitando un resarcimiento en supuestos en que los resultados probatorios del proceso no permiten tener por cierto el hecho causal, pero tampoco refutar la hipótesis de que el agente condenado no ocasionó la lesión.

Hay, no obstante, una resistencia inicial de la comunidad científica a aceptar que la correcta explicación de la anomalía exige renovar el modelo teórico tradicional en alguna medida; resistencia que conduce a negar la existencia misma de la anomalía o a acomodarla dentro de la conformación de la Ciencia normal(1056). En un principio, se afirmó la tendencia a negar el resarcimiento del daño por pérdida de *chance* y el perjuicio causado por el miembro indeterminado de un grupo, despreciando el dato de que, para la conciencia social y jurídica mayoritaria, tal solución es profundamente injusta. Superada esta postura, la resistencia se ha traducido en un predominio de planteamientos que pretenden justificar la operatividad de las doctrinas de la *chance* y la responsabilidad colectiva con los instrumentos del viejo sistema, sin reconocer abiertamente que la teoría general de la causalidad está sufriendo alguna transformación. Hay que tener en cuenta que la posición estructural de la Ley dentro de los sistemas de la Europa continental no favorece la afirmación explícita del cambio que está sufriendo el sistema de responsabilidad civil y, particularmente su dogma causal: Afirmar responsabilidades sin causa demostrada contradice los preceptos basilares de la responsabilidad civil, según su secular interpretación. De ahí que incluso los juristas perfectamente conscientes de la transformación que ha afectado a la concepción clásica prefieran mantenerla y articular modulaciones *ad hoc* (en las que a veces no creen ni ellos mismos) para justificar la indemnización en hipótesis de incertidumbre causal(1057). Partiendo de IHERING, puede decirse que este tipo de recurso «[d]eja intacta la doctrina tradicional en su antigua forma, sin disminuir la plena eficacia de la forma nueva»(1058). Se trata, en definitiva, de «la solución imperfecta de un problema en una época» en que se carece «de fuerzas para dar al problema la verdadera solución»(1059).

El intento de explicar la anomalía sin apartarse del modelo tradicio-

(1056) «Los científicos (...) [a]un cuando pueden comenzar a perder su fe y, a continuación, a tomar en consideración otras alternativas, no renuncian al paradigma que lo ha conducido a la crisis». (pp. 128, 129). Sólo a través de la ciencia normal es como la comunidad científica «primeramente logra explotar el alcance potencial y la justeza del más antiguo y más tarde, aislar la aporía de cuyo estudio pueda surgir un nuevo paradigma» (T. S. KUHN, *La estructura...*, cit., pp. 235-236).

(1057) Recuérdese lo dicho en los apartados II.4.1 y IV.2.4 (nota) en cuanto que es habitual que los que defienden la teoría de la *chance* y la doctrina de la «causa anónima» a través de ficciones reconocen abiertamente lo artificioso de sus planteamientos.

(1058) *El espíritu del Derecho romano*, abreviatura F. Vela, pról. R. Hernández Marín, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 311.

(1059) *Idem*.

nal ha acabado generando una gran variedad de versiones(1060). Por eso asistimos, según parece, a una fase crítica de transición, técnicamente desbarajustada, hacia una «forma nueva»(1061). Ciertamente, los científicos resistentes han forzado el viejo paradigma para resolver el enigma turbador, discrepando constantemente en torno al concreto expediente que, a su modo de ver, permite el reconocimiento de la indemnización sin violentar el dogma causal. Hay, en efecto, un muy abundante número de teorías que tienen de común el afán por garantizar la tutela resarcitoria en casos de incertidumbre causal, dejando a salvo la exigencia tradicional de una causalidad natural cumplidamente acreditada. Así, la teoría de la identificación total con suavización probatoria exacerbada, que rebaja el estándar probabilístico ordinario para indemnizar daños que de otro modo habrían de catalogarse como eventuales e irresarcibles; la teoría ontológica de signo patrimonial, que admite por los menos dos variantes y que ingenia un daño patrimonial emergente cuando el nexo causal no puede acreditarse; la teoría ontológica del perjuicio personal que, con al menos cuatro variantes, adjudica relevancia al daño moral cuando la víctima tenía sólo posibilidades reales de evitar el menoscabo o es incapaz de identificar al integrante del grupo responsable de la lesión; la teoría de la personificación, que pergeña una sociedad para

(1060) «[L]a proliferación de versiones de una teoría es un síntoma muy usual de crisis» (T. S. KUHN, *La estructura...*, cit., p. 119).

(1061) «Los primeros intentos de resolución del problema seguirán de cerca las reglas establecidas por el paradigma; pero, al continuar adelante sin poder vencer la resistencia, las tentativas de resolución involucrarán, cada vez más, alguna coyuntura menor o no tan ligera del paradigma (...). A través de esta proliferación de coyunturas divergentes (de manera que cada vez más frecuente llegarán a describirse como ajustes *ad hoc*), las reglas de la ciencia normal se hacen cada vez más confusas» (pp. 136-137). En relación con las transformaciones de los planteamientos jurídicos, dice en este orden de ideas R. POUND (*Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, trad. J. Puig Brutau, Comares, Granada, 2004, p. 8) que los juristas «[d]e vez en cuando llevan a cabo un reajuste inevitable a base de alterar la revelación admitida, o mediante interpretaciones que dejan intacta la letra pero confieren al texto un sentido completamente nuevo, o por medio de ficciones muchas veces comparables al “vamos a jugar” a esto o a aquello, como dicen los niños; o se emplea una ficción más sutil de nuevas declaraciones de la divinidad, auténticas y declarativas de lo tradicional.

Cuando acaban por darse cuenta de la transformación y se ven forzados a darle una base fija y absoluta, el creyente en la autoridad exige de una manera deliberada y ostensible un acto especial de creación o una nueva revelación por parte de su dios político». El «ajuste *ad hoc*» de T. S. KUHN y el «reajuste» o «ficción» de R. POUND se corresponden en cierta medida con el «mito jurídico» de S. ROMANO (*Fragments de un diccionario jurídico*, trad. S. Sentis Melendo y M. Ayerra Redín, Comares, Granada, 2002, p. 167), definido como concepción, opinión o creencia que se conceptúa como jurídica, pero que dudosamente lo es; como no-verdad, error o inopia que, a la vez, es imaginación «fabulosa»; como «universal fantástico», es decir, no razonado, que nace de la necesidad de entender lo que no se entiende, y de expresarlo por medio de imágenes cuando no se lo puede expresar con términos propios. Estamos, pues, ante la ficción, que, en palabras de K. LARENZ (*Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. M. Rodríguez Molinero, 2ª ed. (de la 4ª alemana), Ariel, Barcelona, 1980, p. 257), es un «un mecanismo que oculta aquí los fundamentos determinantes de la resolución; rebaja la fundamentación a una fundamentación aparente».

imputarle el perjuicio y distribuir la indemnización entre los posibles causantes; la teoría de la presunción legal de causalidad, que inventa directamente etiologías inexistentes; y la teoría del riesgo, que utiliza impropriamente un criterio de imputación subjetiva pensado para individualizar un juicio de responsabilidad sobre daños cuya ligazón causal no alberga dudas.

Pueden contabilizarse un total de diez planteamientos —probablemente hay más— con los que la comunidad jurídica evita la revisión del viejo modelo causal y, simultáneamente, trata de justificar la solución que impone la conciencia social. No se quiere cuestionar el enunciado de partida (el dogma causal), pero el efecto es que, de este modo, la teoría clásica deja de aportar un patrón único de racionalidad diluyéndose en multitud de versiones y prolongaciones *ad hoc*. Por eso, resulta imposible predecir cómo un tribunal resolverá un supuesto de diagnóstico médico intempestivo, de ausencia de consentimiento informado, de negligencia de profesionales legales por omisión del recurso correspondiente o de infracción administrativa de las normas reguladoras de concursos y oposiciones. El juzgador, cuando sustrae un mismo problema (la incertidumbre causal) a la solución tradicional —contraria a la indemnización—, si pretende razonar el porqué de la compensación (lo que frecuentemente no se da), puede invocar una presunción legal de causalidad; imponer una suavización puntual de las exigencias probabilísticas normales; identificar un daño moral concreto (atentado al derecho a autodeterminación del paciente o al derecho a la defensa del cliente) o general (derecho a la obtención de información probatoria); o pergeñar una entidad económica preexistente; y todo ello en función de cuál sea el expediente teórico elegido para disimular la inexistencia de una causa física probada. Por eso, aunque no se discute, la doctrina causal tradicional acaba en realidad proporcionando las soluciones más dispares a casos materialmente iguales porque puede que la víctima no obtenga nada, que consiga una reparación total del daño ocasionado o que reciba una cantidad inferior, expresiva de la probabilidad de que el condenado no fuera en verdad autor del menoscabo, en ocasiones, o del autoproclamado «prudente» arbitrio del órgano decisor, otras veces.

Hay, pues, una actitud conservadora, que intenta mantener el modelo tradicional a toda costa; una actitud que es comprensible y que, insisto, no puede captarse como absolutamente irracional: en sistemas jurídicos como el español en que la Ley constituye la primera fuente de Derecho, los jueces podrían sentirse obligados a dejar de aplicar la doctrinas como las de la *chance* y de la de la responsabilidad colectiva si se reconociera abiertamente que, con ellas, se declaran responsabilidades sin causa (acreditada) (1062).

(1062) Parece que se amolda al caso la idea de CANARIS de que «[s]i los partidarios de una teoría la infringen mediante excep-

ciones inconsistentes, esto no es naturalmente una manifestación de arbitrariedad o insensatez, sino que obedece, por regla

Las numerosas justificaciones vertidas, algunas muy variopintas, son, pues, «mitos jurídicos» o «mentiras técnicas» que muchos juristas prefieren utilizar antes que proponer un modelo causal alternativo porque, ante la urgencia de asegurar protección resarcitoria, prefieren no esperar una reforma legal que transforme abiertamente la teoría de la causalidad dotándola de los mecanismos con que encarar las hipótesis de incertidumbre causal en que se siente la necesidad del resarcimiento⁽¹⁰⁶³⁾; sin desdeñar la sensación de vértigo que puede provocar el sólo pensamiento de que hay que trastocar la teoría que, por lo menos formalmente, lleva aplicándose durante tantísimos años.

2. EL RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDADES SIN CULPA Y DE RESPONSABILIDADES SIN CAUSA: PARALELISMOS

La evolución experimentada por la teoría general de la causalidad puede en cierto modo equipararse a la historia reciente de otro elemento vertebral de instituto resarcitorio: la imputación subjetiva del daño. A finales del siglo XIX no cabía otra responsabilidad civil que la basada en el dolo o la imprudencia, pese a que el Código contenía normas en las que tales circunstancias no conformaban parte de su supuesto de hecho⁽¹⁰⁶⁴⁾. La doctrina y la jurisprudencia, por lo menos hasta los años cincuenta del pasado siglo, eludió la construcción de un nuevo modelo teórico y prefirió explicar esos preceptos codiciales desde los presupuestos dogmáticos del viejo modelo. Trató de compatibilizar el sentimiento de que hay que indemnizar determinados daños causados

general, a que los resultados a los que «realmente» les conduciría su teoría les parecen inadecuados por una razón ajena a la misma» (*Función, estructura...*, cit., p. 84). La teoría excepcionada sería la de la causalidad, que conduce a la denegación de tutela en hipótesis incertidumbre casual; las excepciones serían las numerosas teorías que justifican la doctrinas de la oportunidad perdida y la de la causa anónima sin cuestionar el dogma de la indivisibilidad causal; y la razón ajena es el sentimiento de que es injusto que la víctima no perciba una indemnización que palie en parte el daño padecido.

(1063) Para Santi ROMANO (*Fragments...*, cit., p. 167), el «mito jurídico» es una invención que puede surgir de «la incapacidad de entender», pero también «de necesidades prácticas, de las cuales no siempre se tiene clara conciencia, de intuiciones nebulosas, que, sin embargo, tienen elementos de verdad, de instintos oscuros, pero profundos». Es «la mentira técnica consagrada por la necesidad» o «muletas» de las que hablaba Rudolf Von

IHERING y de las que es preciso desembarazarse sólo si se tienen «fuerzas suficientes» porque más vale caminar que caer o estar parado (*El espíritu...*, cit., p. 311).

(1064) Con insólita clarividencia, el administrativista italiano V. E. ORLANDO dio cuenta ya a finales del siglo XIX de este fenómeno en el ordenamiento italiano, insistiendo en la necesidad de evolucionar hacia una «nuova forma di responsabilità», porque «il diritto trova la sua base immediata (...) nella coscienza della comunità, la quale «avverte», più o men chiaramente, la non rispondenza dei vecchi istituti a bisogni e necessità nuove, e tende, in varie guise, a nuovamente forgiare gli istituti medesimo con un lento, ma continuo processo di adattamento» (*Saggio di una nuova teorica sul fondamento giuridico della responsabilità civile. A proposito della responsabilità diretta dello Stato*, Arch. Dir. pubbl., 1893/3, p. 360). Una explicación del proceso de superación del monismo culpabilista en clave Kuhniana, en DE TRAZEGNIES GRANDA, *La Responsabilidad...*, cit., t. II, pp. 492 ss.

sin culpa con el paradigma tradicional y, a tal efecto, acudió a una serie de artificios, que han recibido la denominación de *expedientes paliativos del monismo culpabilístico* (1065): la ampliación del concepto de culpa (la culpa ampliada); la inversión de la carga de la prueba de la culpa (la culpa presumida); y el agotamiento de la diligencia debida (la culpa inventada) (1066). No obstante, la LEF y la doctrina administrativista que la interpretó abandonaron finalmente la concepción monogenética de la responsabilidad y afirmaron en su lugar un sistema poligenético en el que la culpa era sólo una de las variadas razones que podían justificar el surgimiento del crédito resarcitorio (1067). Más tarde, en el ámbito del Derecho civil, ha acabado rechazándose también el monismo culpabilístico, reconociéndose unánimemente la existencia, dentro del propio Código, de preceptos que contemplan una responsabilidad extracontractual en la que se incurre sin necesidad de culpa o negligencia: se ha acabado generalizando el criterio de que, si bien los artículos 1902, 1903, 1906, 1907, 1908 (1º y 4º) y 1909 CC, contemplan una responsabilidad

(1065) Sobre la denominación, *vide*, C. ROGEL VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 1977, p. 92, *Aspectos de la responsabilidad civil extracontractual resultante de daños causados por productos defectuosos sin y con la jurisprudencia en la mano*, RGLJ, 1999/5, pp. 596; y A. GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1968, p. 474. Para su estudio, además, X. O'CALLAGHAN MUÑOZ y A. PEDREIRA ANDRADE, *Introducción al Derecho y Derecho Civil Patrimonial*, vol. 2º, Ceura, Madrid, 1995, pp. 846-850; S. CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación...*, cit., pp. 46-86; M. MEDINA ALCOZ, *La culpa...*, cit., pp. 77-91; M. MEDINA CRESPO, *Responsabilidad civil automovilística. De las culpas absueltas a las inocencias condenadas*, Comares, Granada, 1996, pp. 39-52; y F. PEÑA LÓPEZ, *La culpabilidad...*, cit., pp. 524-553).

(1066) Sin embargo, ya en la Francia de los años cincuenta, L. JOSSEAND (*Derecho Civil*, t. II, vol. 1º, *Teoría general de las Obligaciones*, trad. S. Cunchillos y Manterola, Bosch Editores, Buenos Aires, 1950, p. 397), decía que una culpa de pura creación legal no es una culpa en absoluto: cuando la Ley presume la culpa del agente y no le permite probar su ausencia, la afirmación de aquélla no es sino una estratagema jurídica, una ficción legal, un procedimiento técnico utilizado para justificar artificialmente el origen de la obligación delictual. Partiendo de las enseñanzas de Theodor Süss (*La evolución de la responsabilidad por riesgo en el moderno Derecho alemán*, trad. J.

M. Navas Müller, R. Der pri., t. 27, 1943, 2ª parte, p. 154), era evidente que estos expedientes implicaban recorrer «camino tortuosos» para lograr la «recta finalidad» que habría proporcionado la aplicación del principio de la responsabilidad por riesgo.

(1067) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas responde desde sus orígenes en el Derecho español a una concepción policéntrica, pues con toda claridad los intérpretes de la cláusula resarcitoria introducida por el artículo 121 LEF señalaron que la culpa (individual del funcionario o institucional de la Administración) había dejado de constituir «el fundamento mismo del deber de reparación», pasando a ser «un simple criterio de imputación de daños». Estas palabras son de LEGUINA VILLA (*El fundamento de la responsabilidad de la Administración*, en *La responsabilidad...*, cit., p. 314), pero expresan una idea que estaba igualmente clara en los *Principios* (cit.) de GARCÍA DE ENTERRÍA, quien, por lo demás, era perfectamente consciente de que la doctrina civil debía abandonar tarde o temprano el monismo culpabilístico y aproximar la teoría de la imputación subjetiva de los daños causados por los particulares a la que estaba formulándose para las lesiones producidas con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos (p. 166). Un estudio de las razones por las que la interpretación doctrinal y jurisprudencial del sistema administrativo derivó en la afirmación de su pretendido carácter panobjetivo, en L. MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad...*, cit., pp. 154-171.

subjetiva (basada en la culpa), los artículos 1905, 1908 (2º y 3º) y 1910, por un lado, y los artículos 361, 558.3º, 562, 564, 569 y 612.1 (*ex multis*), por otro, contienen títulos de responsabilidad objetiva [constituidos por el riesgo(1068) y por el sacrificio(1069), respectivamente](1070).

Pues bien, la jurisprudencia española, respaldada por la doctrina e insertándose en un movimiento jurídico de carácter supranacional, viene subrepticamente reconociendo desde los años ochenta y noventa el rango resarcible de perjuicios puramente hipotéticos. Acontece así, en particular, cuando aplica la teoría de la *chance* en actividades médicas y forenses, donde a menudo resulta imposible averiguar si la conducta del profesional sanitario o legal ocasionó el daño(1071). El legislador, por

(1068) En esta línea, *vide* J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. IV, 15ª ed., cit., p. 994; M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, t. II, 11ª ed., puesta al día, colab. L. F. Reglero Campos, Bosch, Barcelona, 2002, pp. 965-970; R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado...*, cit., pp. 52-58; H. CAMPUZANO TOMÉ, *Nociones generales...*, cit., pp. 35-81; S. CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación...*, cit., pp. 133-166; L. Díez-PICAZO, *Derecho...*, cit., pp. 56-62, 108-125, y, con A. GULLÓN BALLESTEROS, *Instituciones de Derecho civil*, vol. I/2, 2ª edic., Tecnos, Madrid, 1998, pp. 466-471; F. PEÑA LÓPEZ, *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Comares, Granada, 2002, pp. 10-196; L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho Civil: Obligaciones y Contratos*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 448-449, 459-460; E. ROCA TRÍAS, *Derecho...*, cit., pp. 27-29 y 211-272; C. ROGEL VIDE, *La responsabilidad...*, cit., pp. 89 ss. y 187 ss.; y M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema...*, cit., pp. 225-243.

(1069) Sobre este criterio, *vide* F. PANTALEÓN PRIETO, *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones Públicas)*, en AAVV, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, coord. J. A. Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 451-453; L. Díez-PICAZO, *Derecho...*, cit., pp. 56-59; J. M. BUSTO LAGO, *La indemnización debida por los daños causados en estado de necesidad*, RDP, t. 81, 1997/6, pp. 457-485; y M. MEDINA ALCOZ, *La culpa...*, cit., p. 46, nota 52.

(1070) El Legislador civil, por su parte, ha disciplinado en diversas Leyes especiales supuestos de responsabilidad en los que el título de imputación es, no la culpa sino el riesgo. Así, la Ley de Navegación Aérea, de 21 de julio de 1960; Ley de Uso y Circulación de Vehículos a motor, de 24 de di-

ciembre de 1962 (hoy RD. Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor); la Ley de Energía Nuclear, de 29 de abril de 1964; la Ley de Caza, de 4 de abril de 1970; la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984; y la Ley de Responsabilidad civil por los Daños causados por Productos Defectuosos, de 6 de julio de 1994.

(1071) Es la jurisprudencia analizada en el Capítulo III (ap. II). Por lo demás, la lectura de las sentencias del Tribunal Supremo referidas a supuestos difíciles, donde no es clara la certeza del nexo causal, produce la sensación de que, de manera inconfesada, se utiliza un criterio de responsabilidad tendencialmente proporcional. A veces parece que afirman la concurrencia de un dudoso vínculo causal; para después calcular una indemnización que es notablemente inferior al valor total del daño padecido. Parece que, sin el abrigo de una doctrina como la de la responsabilidad colectiva o la de la pérdida de oportunidad, el juez encara las dudas que alberga en torno a la presencia del elemento causal ordenando una reparación reducida, que, en cierto modo, viene a descontar una parte más o menos proporcionada a las posibilidades de que el daño no fuera consecuencia del hecho ilícito. De hecho, según se ha dicho, «[l]a responsabilidad civil se impone frecuentemente a personas que no han causado el daño». Se trata de una observación de A. LUNA YERGA (*La prueba...*, cit., pp. 359-360), ejemplificada a través de las SSTS, Sala 2ª, de 23 de abril de 1992 (RJ 1992, 6783) y 26 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 6783), resolutorias del «caso de la colza». Este género

su parte, sumándose a esta tendencia, ha regulado varios supuestos en que el surgimiento de la obligación indemnizatoria no está subordinado a la prueba patente de la *condicio sine qua non*. Lo ha hecho en las normas sectoriales que establecen, por un lado, la responsabilidad solidaria de todos los componentes de un grupo y la distribución interna de la indemnización para casos en que resulta imposible identificar quien provocó la lesión; y, por otro, el derecho a indemnización del licitador que habría tenido sólo una posibilidad real de resultar adjudicatario, de no haberse cometido una irregularidad durante la tramitación del procedimiento de contratación(1072). De este modo, está generalizándose la aplicación de un criterio de proporcionalidad según el cual, ante la incertidumbre causal, es decir, ante la posibilidad de que el hecho ilícito no causara el daño, se opta, no por negar la protección resarcitoria, sino por reconocer una indemnización reducida porque descuenta una parte (más o menos) proporcional a la probabilidad de que el (posible) agente del daño no propiciara la lesión(1073).

Este criterio, de la misma manera que los preceptos codiciales que establecían responsabilidades sin culpa, expresa una transformación del paradigma tradicional, motivada por un cambio en la conciencia social que, si entonces no admitía que sólo el elemento subjetivo originara

de apreciación empieza a ser común en la doctrina española. Así, N. ÁLVAREZ LATA ha constado en su estudio sobre daños al medio ambiente (*La responsabilidad...*, cit., pp. 1731-1732) que «existen algunas resoluciones en las que parece prescindirse también de la prueba de la causa efectiva», como la STS de 15 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2283) y que a veces se introduce el «expediente de la probabilidad como medida de la causa».

(1072) Son los preceptos comentados en Cap. I, ap.III.3.2.4 y Cap. VII, ap. IV.2.

(1073) Junto a esta variedad de reglas admitidas por el Derecho de daños vigente de responsabilidad proporcional en supuestos en que la *condicio sine qua non* no ha quedado acreditada, el criterio probabilístico se aplica con extremada frecuencia en el ámbito de la transacción amistosa, donde acaban la mayor parte de los conflictos de responsabilidad civil. Es bien sabido que, en general, el grado de correspondencia de la indemnización acordada (por el abogado del perjudicado y el representante de la compañía de seguros que cubre la responsabilidad civil del agente dañoso) con el valor total del daño suele ser tanto mayor cuanto mayores sean las posibilidades de que, en juicio, se obtuviera un pronunciamiento favorable a los intereses de

la víctima. Por lo general, durante la negociación, las partes realizan un cálculo prospectivo, que trata de vislumbrar la medida de la probabilidad de que la pretensión resarcitoria fuera completamente estimada por el Tribunal; un cálculo al que, en buena medida, suelen acomodarse las indemnizaciones efectivamente pactadas. Evidentemente, esa medida probabilística no expresa necesariamente el grado de razón de la víctima, pues, en su cálculo estimativo, suelen tenerse en cuenta multitud de factores, muchos de los cuales no son estrictamente jurídicos (p. ej., la tendencias del concreto juzgador que entendería del caso, la habilidad del abogado contrario o el ánimo del cliente, más o menos reticente al uso de la vía judicial). Pero, en lo que aquí interesa, cuando la existencia del nexo causal resulta cuestionable, lo habitual es que las cantidades manejadas durante las negociaciones ponderen este factor, expresando una indemnización inferior al valor total del daño padecido. Expuesta más sucintamente, la idea ha sido expresada en el Derecho norteamericano para justificar un sistema general de responsabilidad proporcional, aplicable en todos los casos, no sólo en los de incertidumbre causal (J. MAKDISI, *Proportional liability...*, cit., 1101).

responsabilidad, ahora no tolera que sólo la causalidad natural cumplidamente acreditada encienda la mecánica resarcitoria(1074). Al igual que aquella vieja doctrina civil, los juristas de hoy intentan comprender estas reglas de causalidad probabilística desde los rudimentos teóricos del sistema tradicional, aunque eso suponga introducir artificios tales como que la *chance* es una *cosa* cuya pérdida produce un daño emergente o que el grupo es una *persona jurídica* a la que puede imputársele el daño que pudo ocasionar cualquiera de sus miembros. Se trata, en definitiva, de *expedientes paliativos del principio de indivisibilidad de la causa* con que asegurar el surgimiento de una responsabilidad que, proporcionada a la probabilidad de que el sujeto agente causara el menoscabo, sirva para tutelar a la víctima que sufre un daño meramente eventual.

De la misma manera que, tiempo atrás, decir «responsabilidad» era tanto como decir «responsabilidad por culpa», no existiendo en el «vocabulario jurídico» los términos que pudieran explicar la necesidad sentida de que surgiera el crédito resarcitorio por razones distintas(1075); en la

(1074) La idea está apuntada ya en *Metodología de la ciencia del Derecho*, de Karl LARENZ (cit., p. 228): «Cada vez con más claridad se ha puesto de manifiesto que sólo con los medios tradicionales: el principio de culpabilidad y el principio de plena compensación de daños («principio de todo o nada»), no se han de conseguir soluciones satisfactorias. Para la confección de nuevas soluciones, es precisa la cooperación de la Jurisprudencia. Recientemente ha pasado a primer plano especialmente la cuestión de la responsabilidad de los productores. Se trata de si el usuario, que ha sufrido un daño en su salud o en otros bienes jurídicos por una deficiencia, no conocible por él, de la cosa adquirida por él, incluso si no está en una relación contractual con él, ni está en situación de poder probar una culpa del fabricante o de sus auxiliares». En relación con la cuestión de la culpa, el maestro alemán ilustra con su propio Derecho cómo «las primeras configuraciones de la responsabilidad por riesgo se han visto durante largo tiempo bajo el punto de vista de una supuesta culpa, hasta que se impuso la idea de que se trata de una forma especial de imputación de ciertos riesgos de daños» (p. 228) y se refiere al expediente de la inversión de la carga de la prueba de la culpa como «artificio» (p. 230). En cuanto «al principio del todo o nada», lo menciona al tratar uno de los sectores que suscita una revisión de la teoría general de la causalidad física, como es el de la responsabilidad por productos, pero parece estar pensando en el problema del

reparto de la indemnización en casos de concurrencia causal.

(1075) En este sentido resulta particularmente significativa la experiencia alemana en relación con los daños causados por las Administraciones públicas. Partiendo del artículo 839 del Código Civil de 1900, que configura la responsabilidad administrativa como una responsabilidad de carácter subjetivo, la jurisprudencia participa aún hoy de una concepción monogenética del instituto, pues considera que la culpa constituye el fundamento único y exclusivo de la responsabilidad patrimonial del Estado. Lo interesante, a nuestros efectos, es destacar cómo el arraigo del monismo culpabilístico ha determinado que la expresión *Amtshaftung* («responsabilidad patrimonial administrativa») lleve todavía insita la idea de culpa, es decir, que se haya identificado históricamente y siga haciéndose en la actualidad con la expresión *Verschuldenshaftung* («responsabilidad por culpa»). Evidentemente, esta limitación lingüística no se traduce hoy en ausencia de tutela resarcitoria en supuestos de producción inculpable de daños, pero explica, al menos en parte, por qué la responsabilidad civil de la Administración alemana está caracterizada, según diagnóstico de la generalidad de la doctrina (F. OSSENBÜHL, *La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos en la República Federal de Alemania*, trad. J. Barnés Vazquez, en AAVV, *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado. Unión Europea, Convenio Europeo de*

actualidad, decir «responsabilidad» es tanto como decir responsabilidad por causalidad física, real, natural, total, única, indivisible, cierta, efectiva y segura y se encuentran enormes dificultades para localizar las «palabras» con que afrontar la necesidad sentida de que surja la obligación indemnizatoria en determinados supuestos en que el vínculo etiológico es sólo posible; y si, en el primer caso, las ficciones y artificios fueron la solución provisional que dio paso a la gestación de un nuevo sistema, plagado de nuevos conceptos (riesgo creado, sacrificio especial, fuerza mayor exógena, etc.); en el segundo, las ficciones y artificios constituyen la respuesta inicial que encubre la aplicación de un modelo distinto que, con otros vocablos (causalidad proporcional, parcial, fraccionada, probabilística), está desplazando en determinados supuestos los de indivisibilidad y certeza. Por eso, si los *expedientes paliativos del monocentrismo culpabilista* anunciaron la definitiva consolidación de un sistema *policéntrico* de responsabilidad, que incorpora otros criterios o razones con que obligar al causante del daño; los *expedientes paliativos de la regla de la invisibilidad causal* podrían dar paso a la afirmación, sin tapujos, de un sistema *probabilístico* de responsabilidad que, complementando el tradicional, admita abiertamente en algunas hipótesis de incertidumbre causalidades fraccionables, posibles y eventuales para vincular al agente (posiblemente) dañoso. En resolución, si se ha asistido ya al declive del monismo culpabilístico y al derrumbe de la responsabilidad exclusivamente basada en el elemento subjetivo, parece estar adviniendo ahora el declive de la certidumbre del daño y el derrumbe de una responsabilidad exclusivamente basada en la indivisibilidad de la causa(1076).

Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia, coord. J. Barnés Vazquez, Tecnos/Junta de Andalucía, Madrid, 1996, p. 932; W. RÜFNER, *Das Recht...*, cit., pp. 688, 689; D. MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales*, 2 vols., trad. 6ª ed. (1992) A. Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1995, p. 793; A. NIETO, *Evolución expansiva del concepto de expropiación forzosa*, RAP, núm. 38, 1962/2, p. 121), por la ausencia de pensamiento sistemático, de la que son expresión numerosas incongruencias y contradicciones. En efecto, al identificarse la responsabilidad con la responsabilidad por culpa, la jurisprudencia ha tenido que acuñar otras figuras que, aunque teóricamente situadas fuera del ámbito de aquélla, constituyen, en realidad, subtipos encubiertos de responsabilidad que han servido para superar la ausencia de garantía indemnizatoria para los daños no culposos (F. OSSENBÜHL, *La responsabilidad...*, cit., p. 934). Sobre tales figuras, puede verse, en lengua española, además de las obras citadas, L. MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad...*, cit. pp. 140-145, 259-263.

(1076) L. CADIET (*Métamorphose du préjudice*, en AAVV, *Les métamorphoses de la responsabilité. Colloque commun aux Facultés de droit de l'Université de Montréal, de l'Université catholique de Nimègue et de l'Université de Poitiers. Sixièmes Journées René Savatier*, pról. C. Chêne, Presses Universitaires de France, Paris, 1997, pp. 44-45), realiza esta apreciación refiriéndose al Derecho francés y evocando la feliz y bien conocida expresión de la profesora G. VINEY con la que dio título a una de sus obras: *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, Paris, 1965. También, en relación con el Derecho estadounidense, J. MAKDISI, *Proportional liability...*, cit., p. 1101, quien, según veremos (Cap. VII, ap. III.1), ha propuesto un sistema general de imputación probabilística. También en este sentido, dentro del Derecho español, la civilista V. MÚRTULA LAFUENTE, *Causalidad alternativa...*, cit., p. 4: «resulta notorio que durante los últimos tiempos hemos asistido a un cambio importante de los pilares clásicos de la responsabilidad civil, cuales son la culpa, la ilicitud o la antijuridicidad del hecho y la relación de causalidad entre la

Creo así que las reglas de indemnización proporcional que hoy día se admiten en el marco de las teorías de la oportunidad perdida y de la causa anónima pueden percibirse, no como incómodas anomalías o «excepciones» cuya asimilación requiere de forzadísimas explicaciones, sino como manifestaciones de una nueva teoría general de la causalidad, que ha dejado de basarse ya, siempre y en todo caso, en el principio de la indivisibilidad causal. Tal teoría puede ser en alguna medida la de la causalidad probabilística, que pasamos a estudiar a continuación.

acción u omisión y el daño causado, tanto desde un punto de vista jurisprudencial, como legal, sobre todo a través de diversas Leyes especiales. Estos elementos se han

visto transformados en repetidas ocasiones en una responsabilidad donde lo injusto es el daño, sin que exista culpa o incluso causa cierta».

CAPÍTULO SÉPTIMO

LA TEORÍA DE LA CAUSALIDAD PROBABILÍSTICA

I. La teoría de la causalidad probabilística, en general

La pérdida de oportunidad es la técnica a la que a veces se acude para encarar el problema de valorar si el hecho ilícito causó un daño cuando se carece de la información necesaria para emitir un juicio concluyente. Es, pues, un remedio con que auxiliar a la víctima que está materialmente incapacitada para demostrar la causalidad en hipótesis en que no puede descartarse con toda certeza que el agente no propició el menoscabo. El problema de la *chance* es, pues, no el de la pérdida de un bien independiente respecto del perjuicio final, sino el de la ausencia de datos y pruebas suficientes con que resolver adecuadamente el juicio al hecho de la causalidad.

La teoría que ahora analizamos comparte con la del «todo o nada» este postulado y, en este sentido, puede calificarse como doctrina identitaria. Una y otra admiten que el único daño que, en su caso, puede ser indemnizado es el perjuicio final, es decir, la pérdida de la ventaja apetecida; y, en ningún caso la *chance* en sí, entendida como bien *per se*, de naturaleza económica o moral. Ahora bien, mientras que la teoría de la identificación total afirma o niega enteramente la relación de causalidad entre el hecho ilícito y el perjuicio final, según que la probabilidad causal supere o no el umbral de certeza, la otra aprecia causalidades parciales en la medida de su probabilidad. Según ésta, la regla de responsabilidad probabilística contenida en la doctrina de la *chance* constituye un sistema alternativo de imputación que, en hipótesis de incertidumbre causal estricta, afirma causalidades parciales o probabilísticas para reconocer indemnizaciones que computan la posibilidad de que el agente dañoso no fuera autor material del menoscabo.

Estamos ante la teoría de la identificación parcial, que reconoce la existencia de un perjuicio que no es absoluto o total, sino relativo o parcial. Estamos ante la teoría que suele denominarse de la causalidad parcial (*théorie de la causalité partielle*; *teoria della causalità parziale*), posible (*mögliche Kausalität Prinzip*), probabilística (*Probabilistic Causation Approach*; *teoria della causalità probabilistica*) o proporcional (*Proportional Causation Approach*) porque halla el fundamento de la teoría de la *chance* en la ruptura del «dogma» de la indivisibilidad causal, superando la tradicional concepción científica o «newtoniana» de la causalidad; y reputa que

están dotados de certeza unos daños que son sólo *posiblemente* ciertos(1077).

Se parte de la presencia irreductible de los elementos inciertos en la apreciación de cualquier fenómeno causal, de modo que los jueces están llamados a fijar «certidumbres razonables» (relativas) y no metafísicas (absolutas)(1078). Esta percepción conduce a admitir que el lazo causal se afirme en una serie de casos, pese a la presencia de márgenes de incertidumbre, si resulta imposible asegurar que el hecho ilícito impidió la obtención de unas ganancias(1079). Se admite así, abiertamente, que la teoría de la *chance* utiliza una concepción causal que computa la complejidad de la realidad para reconocer una reparación dosificada en función de un cálculo de probabilidades(1080). De esta forma, se niega que la doctrina de la oportunidad perdida suponga la «institucionalización de la duda», por convertir lo dudoso en supuestamente real y desconocer las reglas de la prueba del perjuicio(1081). En contra de esta apreciación, se afirma que el principio de la causalidad parcial dota las decisiones indemnizatorias de un contenido científico que dificulta la arbitrariedad(1082), pues evita que el juez falle en virtud de sus simples impresiones porque esté obligado a ponderar los elementos causales ciertos (*les bonnes chances*) y a prescindir de los inciertos (*les mauvaises chances*)(1083). Bajo esta óptica, las críticas dirigidas contra la teoría de la *chance* parten de una restricción mental consistente en ocultar la presencia ineluctable de reductos de incertidumbre a la hora de apreciar la certeza del hecho causal(1084). Se señala así que la adjudicación del rango resarcible a daños que son sólo posibles o hipotéticos no socava estrictamente el terreno de la causalidad, sino que lo perfecciona, dado que interioriza en su seno el cálculo de probabilidades, estableciendo

(1077) En estos términos, el francés J. BORÉ (*L'indemnisation...*, cit., ap. 19), A. M. PRINCIGALLI (*Perdita...*, cit., pp. 327-330); y A. PACCES (*Competizioni automobilistiche...*, cit., pp. 458-459), que es quien se refiere a la superación de la concepción «newtoniana» de la causalidad. En otros parecidos, el norteamericano J. MAKDISI (*Proportional liability...*, cit., pp. 1073 y ss.), al reputar anticuada la teoría clásica de la causalidad y postular su sustitución por una regla de causación probabilística; el suizo R. QUENDOZ (*Modell einer Haftung bei alternativer Kausalität*, tesis doctoral, Zurich, 1991, pp. 49 ss. *apud* C. MÜLLER, *La perte...*, cit., p. 238), al preconizar una revisión del concepto de causalidad natural que integre en él la idea de la causalidad posible («*mögliche Kausalität*»); y el también suizo P. SCHWEIZER (*La preuve de la causalité*, en AAVV, *Développements récents du droit de la responsabilité civile*,

Zurich, 1991, pp. 173 ss.), al proponer una suavización de «las exigencias relativas a la indivisibilidad de la relación causal» (*apud* C. MÜLLER, *La perte...*, cit., p. 237). Sobre la regla de la indivisibilidad causal, recuérdense las puntualizaciones expresadas en Cap. IV, ap. I.1.

(1078) J. BORÉ, *L'indemnisation...*, cit., aps. 25-24; A. M. PRINCIGALLI, *La perdita...*, cit., pp. 330-331.

(1079) J. BORÉ, *L'indemnisation...*, cit., aps. 25-24; A. M. PRINCIGALLI, *La perdita...*, cit., p. 224.

(1080) J. BORÉ, *L'indemnisation...*, cit., aps. 22, 23.

(1081) *Idem*.

(1082) *Idem*.

(1083) *Idem*. En un sentido muy similar, J. MAKDISI, *Proportional liability...*, cit., pp. 1099-1101.

(1084) *Ibidem*, ap. 24.

una correlación probabilística entre el hecho generador de la responsabilidad y el perjuicio padecido(1085).

Se considera así que, de la misma manera que la causalidad perfectamente demostrada genera una responsabilidad «total» (*total liability*) por el daño causado, la simplemente posible puede generar una responsabilidad «parcial» (*partial liability*) por la posibilidad del daño causado(1086). De este modo, en lugar de acudir a ficciones o estratagemas jurídicas, se reconoce explícitamente que la teoría de la *chance* establece una regla de responsabilidad proporcional (*proportional liability rule*) en virtud de la cual el agente dañoso indemniza, no por el daño que ha causado, sino, simplemente, por el daño que posiblemente causó(1087). Se trata, en definitiva, de una redefinición del concepto clásico de causalidad que da entrada a las ideas de «causalidad sospechada» (*causalità sospettata*)(1088), «causalidad probabilística» (*causalità probabilistica*)(1089), «porcentajes de causalidad» (*pourcentages de causalité*)(1090), «causalidad de proporciones» (*causalité de proportions*)(1091) o «causación probable» (*probable causation*), ligadas a las de «reparación proporcional» (*proportional damages*)(1092) o «responsabilidad parcial» (*responsabilità parziale*)(1093).

Interpretada conforme a la teoría de la causalidad probabilística, la doctrina de la oportunidad perdida supera las taras de la concepción clásica y su incapacidad para encarar adecuadamente las situaciones de incertidumbre, redefiniendo el cuerpo mismo de la prueba; y no, simplemente, la manera de valorarla(1094). El hecho que ha de probarse no es la causalidad, sino la probabilidad de que exista. La probabilidad deja de ser el instrumento con el que se valora la certeza del hecho causal y

(1085) J. BORÉ, *L'indemnisation...*, cit., ap. 25-24. En esta línea, MAKDISI (*Proportional liability...*, cit., p. 1099) ha señalado que, a través de una teoría de la indemnización proporcional, no se elude el requisito de la causalidad, sino que, simplemente, se perfecciona considerando su probabilidad. Por su parte, P. H. SCHUCK (*Dos cuestiones...*, cit., p. 179) entiende que «la aceptación de la idea de que la causa concebida como *sine qua non* es, en parte, una construcción social y no algo intrínseco a la naturaleza física permite que busquemos nuevas soluciones a los problemas que se presentan».

(1086) J. MAKDISI, *Proportional liability...*, cit., pp. 1083-1084. Con parecidos términos, J. BORÉ, *L'indemnisation...*, cit., ap. 16, y R. QUENDOZ, *Modell einer...*, cit., pp. 49 ss. *apud* C. MÜLLER, *La perte...*, cit., p. 238.

(1087) J. MAKDISI, *Proportional liability...*, cit., p. 1073.

(1088) P. TRIMARCHI, *Causalità...*, cit., pp. 12-13.

(1089) A. PACCES, *Competizioni...*, cit., p. 458. Se ha dicho en este orden de ideas que la teoría de la *chance* habilita la reparación de «un daño por la probabilidad de daño» («*danno da probabilità di danno*»). Así, S. LANDINI, *Causalità...*, cit., p. 431, quien toma la expresión de V. ZENO-ZENCOVICH, *La sorte del paziente. La responsabilità del medico per l'errore diagnostico*, Cedam, Padova, 1994, p. 76.

(1090) A. LÓPEZ DE LA OSA ESCRIBANO, *La convergence...*, cit., p. 345.

(1091) *Idem*.

(1092) J. MAKDISI, *Proportional liability...*, cit., pp. 1063-1064.

(1093) Utiliza la expresión G. VINEY/P. JOURDAIN (*Les conditions...*, cit., p. 263), aunque basan la doctrina de la *chance* en la teoría ontológica del perjuicio patrimonial.

(1094) En esta línea, J. MAKDISI, *Proportional liability...*, cit., p. 1084.

se convierte en el núcleo de la actividad probatoria(1095). Se trata de una nueva teoría causal que deja de basarse estrictamente en la investigación de si hay o no *causalidad acreditada* y que persigue, simplemente, averiguar el grado de *probabilidad* de que, de no mediar el hecho ilícito, la víctima habría dejado de sufrir el menoscabo(1096).

La teoría general de la causalidad se apoya también en un juicio de verosimilitud encaminado a concretar la probabilidad de que, sin la intervención del hecho ilícito, el daño no se hubiera padecido. Sin embargo, la respuesta resarcitoria del régimen alternativo establecido a través de la doctrina de la *chance* no depende ya de que tal probabilidad pueda reputarse suficiente ni implica que el perjudicado obtenga todo o nada. Hallado el grado de probabilidad en el caso concreto, si es serio o apreciable, se proyecta sin más sobre la indemnización para afirmar una responsabilidad parcial basada en una causalidad probabilística. Por eso, cuando la teoría de la oportunidad perdida y la concepción causal que lleva incorporada resultan aplicables, la decisión final es, simplemente, el resultado de proyectar el porcentaje calculado de probabilidad sobre el valor total del daño, que proporciona la medida exacta de la causalidad parcial que liga el hecho ilícito con el daño así como el preciso alcance tanto de la indemnización a que tiene derecho el perjudicado como de la responsabilidad a que queda sujeto el agente dañoso.

Así entendida, la doctrina de la oportunidad perdida altera la teoría tradicional de la causalidad, al igual que la teoría del todo o nada aplicada con relajación probatoria exacerbada(1097). Ésta última modula el estándar ordinario de probabilidad conforme al cual el juzgador forma su convicción en torno a la certeza del nexo causal, situándolo por debajo del 50%, en los sistemas jurídicos en que rige el criterio *more probable than not*; o por debajo del 80%, en los ordenamientos que aplican la pauta *id quod plerumque accidit*. De este modo, se busca una respuesta al problema de la incertidumbre causal mediante una modificación de la teoría general de la causalidad y su prueba. Se trata, no obstante, de una alteración que afecta sólo a la *forma* de valorar la prueba, pues se mantiene invariado su *objeto*, que es siempre el hecho de la causalidad(1098). En cambio, la teoría de la *chance* entraña una transformación más profunda, pues, según hemos dicho, en ella la probabilidad deja de ser un método de cálculo, convirtiéndose en el objeto mismo de la prueba. Se está, pues, ante una doctrina que resuelve el conflicto entre el *cómo* se prueba y el *qué* se prueba a que conduce la teoría clásica de la causalidad en hipótesis de incertidumbre, es decir, la inevitable tensión de acceder a un procedimiento que permite averiguar las probabilidades de que la víctima no sufriera el daño y desperdiciar sus resultados, porque el juez

(1095) *Idem.*

(1096) *Idem.*

(1097) *Vide* Cap. IV, ap. III.1.

(1098) *Idem.*

se crea forzado a elegir entre la causalidad demostrada y la indemostrada(1099).

Estamos, en definitiva, ante una teoría con la que se afirma la existencia de una relación de causalidad entre el perjuicio (final) sufrido y la conducta del agente dañoso, pese a que ésta sólo constituya una causa probable –meramente probable– de dicho perjuicio. Quedan sentadas así las bases para reconocer la certidumbre de unos daños que son estocásticos y, además, sin negarles, ficticiamente, esta calidad(1100); quedan removidas las fronteras de lo cierto y de lo incierto, de lo real y lo conjetural, porque los daños probables se afirman como ciertos, eliminándose el ámbito de los daños hipotéticos o inciertos.

II. La teoría moderada de la causalidad probabilística

1. SIGNIFICADO

La idea de la causalidad parcial (*causalité partielle*) ha justificado históricamente en Francia la reducción de las indemnizaciones en supuestos de daños derivados de una colaboración causal. Se entendió así, ya a principios del siglo pasado, que, en estos casos, la causalidad tomada en consideración es una causalidad ideal, perfectamente fraccionable, que permite afirmar que cada coautor causó sólo parte del daño(1101). La idea ha al-

(1099) En este sentido, J. MAKDISI (*idem*) considera que, si la discusión se traslada de la cuestión de la acreditación del hecho de la causalidad a través de pruebas probabilísticas a la de la demostración de las probabilidades del hecho de la causalidad, desaparece el conflicto inherente entre el qué ha de probarse y el cómo ha de probarse: «Once the discussion moves from the problem of proving the fact of causation with probabilistic evidence to the problem of proving the probability of the fact of causation, there is no inherent conflict between what is to be proved and how is to be proved».

(1100) El adjetivo estocástico puede emplearse en un doble sentido parcialmente coincidente, pues, calificando a los daños, puede significar que éstos son fortuitos o que son probabilísticos, en el entendimiento de que el daño probable incluye de suyo un elemento de fortuidad. Naturalmente, aquí utilizo la palabra en el segundo sentido.

(1101) La doctrina francesa de la causalidad parcial (*causalité partielle*) ha justificado históricamente la reducción de las indemnizaciones en supuestos de colaboración causal en la gestación del daño. Tal

doctrina se ha aplicado a los supuestos en que las causas que concurren con la del agente son aportadas tanto por el propio perjudicado (culpa de la víctima) como por un tercero (concurso de causas en sentido estricto). La teoría de la causalidad parcial se utilizó para justificar la eficacia parcialmente exoneradora de la concurrencia de causas por el Tribunal francés de Casación, en sentencia de 31 de julio de 1912. Sobre la teoría de la causalidad parcial como fundamento de la doctrina del concurso de causas en el Derecho francés, *vide* en lengua española, M. MEDINA ALCOZ, *La culpa...*, cit., pp. 215-216; en la literatura francesa, F. CHABAS, *L'influence...*, cit., pp. 79-130; F. CHABAS/N. PÉTERKA/C. CHABAS, voz *Force majeure...*, cit., pp. 17-18; J. P. BRUNET, *Contribution à l'étude de la notion et des possibilités du «partage de la causalité»*, *Gaz. Pal.*, 1967, vol. 2º, pp. 74-81; y, en la doctrina italiana, P. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Cedam, Padova, 1960, pp. 83-153; M. L. RUFFINI, *Il concorso di colpa e di caso fortuito nella produzione del fatto dannoso: l'esperienza francese e del Diritto italiano*, *Riv. Dir. Comm.*, 1964, I, pp. 39-59.

canzado después a las hipótesis de concurrencia de culpa y caso fortuito. De este modo, en lugar del todo o nada a que conduce la regla de la indivisibilidad, se admitió una responsabilidad proporcionada a la parte del daño imputable al agente de la que se descuenta el cupo correspondiente a las fuerzas naturales o fortuitas concurrentes(1102). Posteriormente, el Derecho francés ha invocado esta doctrina para fijar indemnizaciones parciales que atienden, no ya la incidencia etiológica de factores no imputables al sujeto agente, sino a las probabilidades de que éste no propiciara efectivamente la lesión. De este modo, la doctrina de la oportunidad perdida se ha fundado, no en la preexistencia de una entidad patrimonial o en la lesión de un bien de la personalidad (teoría ontológica), sino en la aceptación de que, cuando resulta aplicable, no entra en juego la regla de la indivisibilidad causal porque el Derecho toma en consideración una causalidad, no real o material, sino ficticia o ideal.

A diferencia de las teorías ontológicas, la causalidad parcial se presenta como una alternativa al modelo tradicional y no como un expediente acumulado a ella. La solución resarcitoria de la doctrina de la *chance* no se justifica a través de prolongaciones o ajustes *ad hoc* en el modelo causal tradicional, que concilien la existencia de responsabilidades sin causa física probada con la exigencia de la prueba patente de la relación causal. Se explica a través de un modelo distinto que, en situaciones de estricta incertidumbre, suplanta el sistema tradicional y admite abiertamente la parcial resarcibilidad de un daño hipotético. Así las cosas, la teoría de la identificación parcial trata de fundar la doctrina de la oportunidad perdida en los términos en que ha sido explicada anteriormente(1103) y, a tal efecto, revisa la concepción clásica del nexo causal. Ahora bien, hay que recalcar que esa revisión es sólo parcial. La teoría intenta limitar el alcance de una nueva noción de causalidad probabilística a las hipótesis típicas de oportunidad perdida, cuando las probabilidades de que la víctima obtuviera la ventaja, sin ser altas, puedan considerarse serias (*sérieuses*)(1104), apreciables (*appréciables*)(1105) o, en todo caso, dotadas de una probabilidad suficiente (*probabilité suffisante*)(1106).

Lo característico de la teoría francesa de la causalidad parcial es que, de hecho, no niega siempre y en todo caso la validez de la teoría general de

(1102) Partiendo de que la causalidad es un elemento fraccionable, la jurisprudencia francesa entendió en el caso del naufragio del paquebote *Lamoricière* en 1951 que el daño fue consecuencia de dos causas distintas, una atribuible al agente dañoso y otra ajena a él (un ciclón), declarando que la responsabilidad debía ser, no integral, sino parcial. Me he referido ya a este caso en Cap. I, ap. III.3.2.3.

(1103) Cap. I, ap. III.

(1104) J. BORÉ, *L'indemnisation...*, cit., ap. 28.

(1105) *Idem*.

(1106) *Ibidem*, ap. 37. La expresión «probabilidad suficiente» se entiende ahora, no como el grado de verosimilitud que es preciso obtener para tener por cierto el hecho de la causalidad; sino como el nivel de certeza, desde luego inferior, que es necesario para descartar que la *chance* constituya una mera especulación o deseo.

la causalidad. Su objetivo es explicar adecuadamente, sin acudir a ningún género de artificio, la teoría de la *chance*, entendida como regla de responsabilidad aplicable en hipótesis de incertidumbre causal estricta. La teoría se basa en la desintegración de la causa, pero no defiende un sistema general de responsabilidad proporcional, ni extiende el radio de acción de la doctrina de *chance* a las hipótesis en que el grado de probabilidad es muy bajo o insignificante (oportunidad genérica) o muy alto o cualificado (oportunidad superespecífica). Bajo esta perspectiva, la doctrina de la *chance* encierra un modelo de causalidad que desplaza el sistema tradicional en los solos casos en que no hay la seguridad de que el resultado dañoso no se habría producido ni la de lo contrario. Es, pues, un sistema aplicable cuando la probabilidad de que el perjudicado accediera a la ventaja apetecida es simplemente seria o considerable.

Esta doctrina ha sido acogida en alguna medida en Francia, tanto en doctrina(1107) como en jurisprudencia(1108). En Suiza, inspira la

(1107) El máximo defensor de esta tesis en Francia es Jacques BORÉ, que considera que las *chances* expresan la existencia de un lazo de causalidad *parcial* entre el hecho ilícito y el perjuicio final: «l'affirmation de l'existence d'une «chance perdue» équivalant à la reconnaissance d'un lien de causalité entre le fait générateur de responsabilité et le préjudice final» (*L'indemnisation...*, cit., ap. 27). El daño por la pérdida de *chance* corresponde a un lazo de causalidad probable existente entre el hecho imputado al agente dañoso y el perjuicio final (ap. 16), porque la diferencia entre el perjuicio final y la oportunidad perdida no es cualitativa, sino sólo cuantitativa, que es la que corresponde a una cuantificación causal medida con el grado de su probabilidad (aps. 15, 22, 23). El autor postula así una teoría de la causalación probabilística, basada en la ruptura del dogma de la indivisibilidad de la causa, que, sin embargo, no es absoluta. En su concepto, quedan al margen de la doctrina de la *chance* las oportunidades hipotéticas, porque no se resarcen; y las oportunidades seguras, porque se resarcen totalmente. En efecto, cuando las probabilidades de que la víctima hubiera obtenido el resultado apetecido o hubiera evitado el daño eran escasas, el autor considera que no ha lugar al resarcimiento en concepto de daño por pérdida de *chance* porque «la existencia del perjuicio final dependía todavía del porvenir» y «ese perjuicio sería puramente eventual e hipotético y no podría ser válidamente objeto de una indemnización que puede ser indebida» (ap. 29). El caso contrario, en el que, por ser muy altas las pro-

habilidades de consecución o evitación, no ha de aplicarse la doctrina de la pérdida de oportunidad, no está expresado como tal en el trabajo del profesor mencionado, pero está claro que, a su juicio, procede vencer los resquicios de incertidumbre remanentes a partir del criterio de la regularidad de los acontecimientos para afirmar una causalidad plena y una responsabilidad total.

(1108) La jurisprudencia francesa considera que el sacrificio de oportunidades ilusorias no da derecho a indemnización; y sí las muy cualificadas y consistentes, pero no por la pérdida de una oportunidad de obtener una ventaja sino, simplemente, por la pérdida de la ventaja. Así, por ejemplo, la Sala 1ª de la *Cour de Cassation*, en sentencia de 10 de enero de 1990, admitió la culpa de un cirujano que operó a su paciente sin tener en cuenta su alergia, pero no declaró su responsabilidad por entender que se habían perdido simplemente unas «*chances de survie purement hypothétique*»; y en otros pronunciamientos, de 26 de marzo de 1996 (comentada por I. SOULET, *La perte...*, cit., pp. 12-13) y 20 de junio de 2000 (comentada por J. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad... informado*, cit., p. 224), absolvió al médico que faltó a su deber de informar de los riesgos a los que se exponía la paciente en una operación porque quedó demostrado con toda certeza que ésta se habría sometido en cualquier caso a la intervención. A su vez, aunque, por lo general, tal jurisprudencia no es muy clara en cuanto al fundamento de la resarcibilidad de las *chances* en sentido estricto (esto

redacción brindada al artículo 56 d) de la Propuesta de Reforma del Código de Obligaciones(1109). La adopta el artículo 163 de la Parte General del Código Europeo de Contratos(1110); y, con menor claridad, el artículo 7.4.3 de los Principios UNIDROIT(1111). En Italia no hay rastros jurisprudenciales de ella, pero ha sido defendida, con alguna variante, por Anna Maria PRINCIGALLI(1112), Alessio PAC-

es, de las oportunidades que, por su grado de probabilidad no son ni ilusorias ni muy calificadas, sino, simplemente serias —*chances sérieuses*—, es fácil encontrar sentencias, sobre todo anteriores a los años ochenta que, en la línea de una teoría de la causalidad parcial, declaran que el daño no puede repararse en su totalidad o que la privación de unas posibilidades favorables da derecho a una indemnización parcial. A juicio de BORÉ (*L'indemnisation...*, cit., ap. 2), el fallo indemnizatorio de estos pronunciamientos encuentra su fundamento en esa regla que él propone de la divisibilidad de la causa. Entre los que cita el autor, se encuentran el del *Conseil d'Etat*, de 24 de abril de 1964 y el de la Sala Civil de la *Cour de Cassation*, de 14 de diciembre de 1965, a los que hemos hecho referencia en Cap. II, ap. II. Se hace eco de este filón jurisprudencial, lamentándose (por su adscripción a la teoría autonomista), el profesor CHABAS (*La perdita...*, cit., p. 243). El autor denuncia la generalizada confusión entre la pérdida de la oportunidad y la ventaja final, esto es, la idea de que la privación de una *chance* de supervivencia no es más que una muerte «parcial»; y la *chance* de curación, una enfermedad «disminuida». De la misma manera, una estudiosa italiana de la jurisprudencia francesa (A. M. PRINCIGALLI, *Perdita...*, cit., pp. 319-320), ha puesto de relieve cómo en muchas decisiones casacionales la noción *perte d'une chance* parece cumplir una función en la apreciación del nexo causal, pero no en el de la apreciación del perjuicio. Dice, en particular, que varias sentencias relativas a la responsabilidad médica indemnizan en concepto de pérdida de oportunidad, sin que adjudiquen a esta figura un valor autónomo. No obstante, SOUPLET (*La perte...*, cit., p. 54) ha puesto de manifiesto que desde finales de los años setenta y principios de los ochenta se adivina una configuración alternativa del daño por pérdida de oportunidad, como un *dommage «sui generis»*.

(1109) El apartado 2, que establece que «Si no es posible una prueba concluyente o la persona que soporta la carga de la prueba no puede proporcionarla razonablemente, el Tribu-

nal puede apreciarla en virtud de una probabilidad razonable; el Tribunal puede también asignar una indemnización de acuerdo con el grado de probabilidad». Esta regla, aunque se afirma como general, sin acotación precisa de casos o grupos de casos, entra en juego únicamente cuando no pueda alcanzarse el grado de probabilidad que es suficiente para afirmar la causalidad total. Por lo demás, planteamientos afines han sido defendidos en Suiza, entre otros, por R. QUEN-DOZ, *Modell einer...*, cit., pp. 49 y ss. y P. SCHWEIZER, *La preuve...*, cit., pp. 173 y ss., apud C. MÜLLER, *La perte...*, cit., p. 238.

(1110) El precepto identifica el daño por pérdida de oportunidad, no con la frustración en sí de la posibilidad, sino con la pérdida de la ventaja final. Así, cuando señala que «*forma parte del lucro cesante la pérdida de oportunidad de ganancia que puede considerarse —con certeza razonable— ocasionada y que debe evaluarse en función del momento del incumplimiento o de la mora*».

(1111) Véase, en este Capítulo, ap. IV.1. También Cap. II, ap. III.3.

(1112) Notablemente influida por la doctrina y la jurisprudencia francesa, la autora se enfrenta a los planteamientos de la doctrina mayoritaria de aquel país (*vid.* Cap. VI, ap. II.2.2), señalando que el problema de la pérdida de *chance* ha de resolverse operando en el plano de la causalidad (*Perdita di...*, cit., p. 324). Con la expresión «pérdida de una probabilidad favorable» se hace referencia, dice, no a un perjuicio distinto del daño final, sino a una secuencia causal (*idem*). Para el sostenimiento de sus conclusiones invoca la doctrina francesa de la concurrencia de causas, que no duda en comprometer la regla de la indivisibilidad de la causa para afirmar una distribución de responsabilidad entre los cocausantes: «*Il problema è simile a quello del concorso, nella produzione del fatto dannoso, di cause umane imputabili e di cause fortuite le quali agiscono come fattori tra loro indipendenti, cioè non collegati da quel rapporto di consequenzialità tra causa umana e causa fortuita che determinerebbe l'assorbimento della prima nella seconda (...). C'è subito da dire che dottrina e giurisprudenza italiane sono restie a dare rile-*

CES(1113) y Cristina SEVERI(1114). En España, pueden reconducirse a

vanza al fortuito come causa d'esonero della responsabilità non necessariamente totale, ma parziale. A tanta ritrosia concorre la consapevolezza che una ripartizione della responsabilità fondata sull'apporto causale delle diverse serie eziologiche costituisce un evidente disconoscimento dell'indivisibilità del nexa causale, ma soprattutto la convinzione che un tale reparto sarebbe in contrasto con i canoni della teoria della "conditio sine qua non"» (pp. 326-327). Desde su punto de vista, el reparto entre los causantes de la indemnización en función de sus respectivas cuotas de aportación causal indica claramente la imposibilidad de obtener certezas absolutas y la necesidad frecuente de contentarnos con certezas simplemente razonables. Por eso concluye que el criterio de la fijación de cuotas probabilísticas es perfectamente extrapolable a los casos de oportunidades frustradas porque sirven para computar los elementos de incertidumbre que impiden vincular el hecho ilícito con el daño final y, de esta manera, apreciar y cuantificar la *chance* perdida (pp. 326-331).

(1113) Este autor se ha esforzado en demostrar que la *chance* no constituye un bien preexistente en el patrimonio jurídico del perjudicado y que, por tanto, el daño por su privación no puede configurarse como un daño emergente. No obstante, es favorable a la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, siempre y cuando se utilicen los límites probabilísticos que eviten la proliferación *ad infinitum* de las reclamaciones indemnizatorias (*Competizioni automovilitiche...*, cit., p. 454). A su juicio, la única definición posible de pérdida de *chance* es la que identifica la figura con la pérdida de un antecedente causal próximo, pero insuficiente e incierto, de la consecución del perjuicio final (p. 457). En efecto, la referida expresión no concreta la existencia de un bien objeto de un daño autónomo, sino que describe la circunstancia de que un sujeto no puede ya conseguir el resultado favorable que esperaba con un cierto grado de probabilidad (*idem*). Partiendo de este concepto, es decir, reconociendo que el problema de la *chance* es un problema, no de daño, sino de causalidad, considera que, o se niega la indemnización, en el entendimiento de que el nexa causal es indemostrable, o se reconoce una indemnización proporcional a las probabilidades de realización en atención a la parcial incidencia del hecho ilícito en la producción del

perjuicio final (p. 458). El autor elige, en principio, esta segunda opción, reconociendo que supone superar la tradicional concepción «newtoniana» de la causalidad y atribuir relevancia jurídica a una causalidad apreciable sólo desde un punto de vista estocástico (pp. 458-459). El autor se hace eco de que este punto de vista es minoritario (BORÉ, PRINCIGALLI); y de que resulta potencialmente revolucionario para la globalidad del sistema de la responsabilidad civil (pp. 457, 460). Considera, además, que la introducción de una teoría de la causalidad meramente posible exige una reforma legislativa. Por eso, a su juicio, la afirmación de la resarcibilidad de la *chance* perdida es peligrosa e incorrecta *de iure condito* y, al mismo tiempo, justa y necesaria (p. 460).

(1114) El planteamiento de esta autora se acomoda en parte a los parámetros de una teoría (moderada) de la causalidad probabilística. En la línea de una teoría identitaria, identifica el daño producido en las hipótesis de pérdida de oportunidad con la ventaja final, señalando que la causalidad puede afirmarse venciendo las dudas que se planteen a favor de la víctima; pero que tal cosa no significa que deba indemnizarse una cantidad equiparable al valor total de la ventaja inobtenida: en el momento de la valoración pueden tenerse en cuenta los factores de incertidumbre que no permiten excluir que la situación de la víctima hubiera sido la misma pese a todo. (*Perdita...*, cit., pp. 322-323). Esta tesis se inspira en parte en la teoría de la identificación total con suavización probatoria exacerbada porque se contenta con unos pocos indicios para afirmar la causalidad entre el hecho ilícito y el perjuicio final; pero se aproxima a la teoría de la causalidad probabilística porque con ella no se abonan indemnizaciones totales sino que se reducen según equidad o según la cuota de probabilidad de que, en cualquier caso, se hubiera producido el menoscabo. La doctrina de la pérdida de oportunidad se utiliza así, por un lado, para rebajar las exigencias ordinarias de prueba del lazo causal y, por otro, para limitar el alcance de las compensaciones. Según VINEY (*Les conditions...*, cit., pp. 74 ss.), esta concepción latía en las primeras decisiones francesas que invocaron la doctrina de la pérdida de oportunidad. Por lo demás, estos planteamientos recuerdan también al que, dentro del Derecho español, ha propuesto GALÁN CORTÉS, al que nos referimos a continuación.

la teoría clásica de la causalidad parcial los planteamientos de algunos autores, como el administrativista LÓPEZ DE LA OSA ESCRIBANO(1115) y los civilistas CARRASCO PERERA(1116), GALÁN CORTÉS(1117) y SANTOS

(1115) En su libro sobre la responsabilidad médica en los Derechos francés y español, recientemente publicado en Francia, el autor se ocupa específicamente de la doctrina de la pérdida de oportunidad (*La convergence...*, cit., pp. 345-353). Aunque se hace eco de los peligros que encierra –porque, según dice, puede abrir las puertas al reconocimiento sistemático de indemnizaciones en el ámbito de la responsabilidad médica– y de la existencia de alguna teoría alternativa con que afrontar el reto de la prueba del nexo causal (la que hemos denominado teoría de la identificación total con relajación probatoria), acepta la *chance* como categoría dañosa (pp. 347, 350, 352-353). Postula un lugar para la pérdida de una oportunidad en algunos de los casos en que un acto terapéutico priva al paciente de «toda posibilidad razonable» de recuperarse o de sobrevivir (p. 346); y advierte la importancia que puede cobrar en otros ámbitos, como el de la actividad formal de las Administraciones públicas (p. 345). Para este autor, la doctrina de la oportunidad perdida constituye una técnica con la que afirmar una relación causal de «proporciones» (*lien de causalité «de proportions»*) o «porcentajes» de causalidad (*«pourcentages» de causalité*) cuya aplicación en el Derecho español puede justificarse a la luz de la doctrina del concurso de causas (p. 345). Desde su punto de vista, es preciso relacionar ambas doctrinas porque se descubre así que están presididas por un mismo principio de proporcionalidad: «*En effet, en ce qui concerne le dommage réalisé lors de la présentation de soins par le service public hospitalier, c'est grâce au principe de proportionnalité applicable soit au comportement du patient («concours de causes»), soit à celui du médecin («perte de chance»), que l'obligation d'indemnité que pèse sur l'Administration reste modérée ou est minorée*» (p. 350). Según parece, para el autor, la teoría de la *chance* representa la aplicación singular de un principio general de indemnización proporcional que explica también la reparación parcial propia de las hipótesis de concurso causal (pp. 350-351). Este planteamiento parece partir de la teoría de la causalidad parcial o probabilística que, en el Derecho francés, ha explicado la re-

ducción de indemnizaciones en los casos de colaboración causal. Por eso, la tesis de este autor, al igual que la de la profesora PRINCIGALLI, puede reconducirse a la teoría de la identificación parcial. Por lo demás, es claro que tal teoría se afirma en su versión moderada. El autor da por supuesto en todo momento que ha de indemnizarse la pérdida de oportunidades serias y razonables, pero no la de *chances* ilusorias o insubstanciales. Hay, además, un pequeño, pero importante detalle, revelador, quizá, de que el autor considera que la causalidad, tal y como ha sido concebida tradicionalmente, ha dejado de formar parte de los sistemas de responsabilidad administrativa, tanto en España como en Francia. Me refiero al interrogante con que termina el título del Capítulo III, donde inserta el análisis de las presunciones de causalidad y la doctrina de la *chance*: «*Le lien de causalité: condition sine qua non de la responsabilité hospitalière?*» (p. 343).

(1116) Este profesor de Derecho civil ha escrito: «En realidad, la ganancia frustrada es una función de la variable de probabilidad. Sin que pueda ofrecerse una regla matemática al respecto, cuanto mayor sea la probabilidad de que el lucro no se obtenga, mayores serán las exigencias de prueba requeridas al acreedor. Pero sin duda debe existir una frontera entre la no constancia del lucro cuando su probabilidad es mínima y la posibilidad de repercutir esta probabilidad en el *quantum* del mismo. Trato de poner de relieve con esto que no existe ninguna dificultad en proyectar el grado de probabilidad sobre el *quantum* del lucro cesante, no sobre su *an*. El factor de incertidumbre es una partida deducible del lucro» (*Comentario del art. 1106 C.c.*, cit., pp. 685-686). Su tesis es que debe reconocerse la existencia de un lucro cesante, cuando había probabilidades de obtenerlo (cuestión del *an*), pero que, para valorarlo, a efectos indemnizatorios, debe computarse el grado de tales probabilidades, evitando que se resarza la parte correspondiente al componente de incertidumbre. Se trata, pues, de un planteamiento asimilable en alguna medida a la teoría de la causalidad probabilística.

BRIZ(1118). No obstante, estos autores se han referido a la teoría

(1117) Para los casos de responsabilidad por incumplimiento del deber médico de informar al paciente de los riesgos a los que se expone, este autor hace unas propuestas en su obra monográfica sobre la cuestión que pueden también encuadrarse en la teoría de la causalidad probabilística. Dentro del epígrafe titulado «Ausencia de consentimiento, riesgo y causalidad», rechaza el todo o nada con rigurosidad probatoria (*id quod plerumque accidit*) en el entendimiento de que «[s]i se tuviese que dar una relación de causalidad entre el daño, en su acepción estricta, y la ausencia de información, como se proclama desde algunos sectores, en tal forma que sólo aquellos casos en los que la ausencia de información, como generadora *per se* del daño estrictamente considerado, fueren subsidiarios de irrogar responsabilidad y, consiguientemente, determinantes de la obligación de resarcimiento, habría lugar exclusivamente a la misma de forma muy restringida, lo que entendemos no es atinado, por cuanto se minoraría, hasta límites inadmisibles, el derecho de autodeterminación del paciente» (*Responsabilidad... informado*, cit., p. 222). En ese mismo lugar muestra su predilección por la teoría francesa de la creación culpable de riesgo, afirmando que «si el médico no informa al paciente, es el propio médico quien asume la responsabilidad de los riesgos que se generan con su actuación, aun cuando su pericia y técnica hayan sido correctas» (pp. 220, 223). Es claro, pues, que, de esta manera, el autor proclama una teoría identitaria destinada a afirmar la causalidad entre el hecho ilícito y el perjuicio final. En el epígrafe siguiente, dedicado a la «Ausencia de consentimiento y cuantía indemnizatoria», introduce una serie de matizaciones a la doctrina de la creación de riesgo determinante de que su planteamiento deba encuadrarse en la teoría de la identificación, no total con suavización probatoria (donde, en principio, parece ubicarse), sino parcial o de la causación probabilística: «consideramos, con fundamento en la teoría francesa de la pérdida de oportunidad (*perte de chance*)», que la suma indemnizatoria no se debería fijar por la totalidad del daño aisladamente considerado (...) sino que debería hacerse en función de la potencialidad o probabilidad de que el paciente de haberlo conocido, no se hubiese sometido a ese tratamiento (tomando tam-

bién como parámetro la decisión previsible de un paciente razonable, ante la misma situación una vez informado), teniendo presente, asimismo, otros factores, como son el estado previo del paciente, el pronóstico y la gravedad de su proceso patológico, las alternativas terapéuticas existentes, la necesidad de la actuación médica, su carácter preferente o no, la entidad del riesgo típico materializado, circunstancias personales, familiares y profesionales del paciente... (...). De esta forma, la suma indemnizatoria así establecida sería menor que la que debería haberse concedido si tal lesión o daño hubiere sido causado» (pp. 237-238). Es, pues, bastante claro que GALÁN CORTÉS admite que en estos casos no hay una causalidad en sentido estricto o causalidad total. También que rechaza las consecuencias «naturales» de la teoría francesa de la creación de riesgo, que, por lo demás, descarta expresamente al señalar que «resulta, cuando menos, controvertida y problemática» (p. 238). Es igualmente claro que, al tiempo que el autor excluye la aplicación de una teoría ordinaria de la causalidad (con rigurosidad probatoria o con suavización probatoria), basada en el principio de la indivisibilidad de la causa, admite que se abonen indemnizaciones reducidas, que computen los elementos de aleatoriedad que se presentan, sobre la base de un planteamiento, a mi juicio, reconducible a una teoría de la causalidad probabilística que no se afirma en términos absolutos. Desde su perspectiva, «cuando se demuestre, *con palmaria verosimilitud*, que el paciente no informado se hubiere intervenido también si se le hubiere informado previamente de los riesgos existentes con ese concreto proceder o actuación médica llevado a efecto, parece obvio que no habrá lugar a ninguna responsabilidad civil por parte del médico, pues ningún daño se le ha causado al enfermo» (p. 224; la cursiva es mía). Resulta evidente, por tanto, que, cuando el grado de certeza de que la víctima sufriera en cualquier caso el daño sea muy alto, este autor es partidario de abandonar la teoría *sui generis* de la causalidad de la que parte (una teoría de la causalidad parcial) y, dejando al margen la figura de la *chance*, de retomar la concepción clásica o tradicional para afirmar el vínculo etiológico entre el hecho ilícito y el daño final y reconocer la indemnización total, equivalente al entero valor de la pérdida

de manera rápida y puntual, sin hacerse eco del caudal revolucionario que representa para el instituto de la responsabilidad civil.

2. ANÁLISIS CRÍTICO

La teoría moderada de la causalidad parcial consigue esa concurrencia de exigencias formales y materiales que no alcanza la doctrina del todo o nada; y presenta un incontestable valor sistemático porque explica coherentemente, sin ficciones, el porqué de la admisión indubitada de indemnizaciones proporcionales en supuestos de incertidumbre causal en los que el modelo vigente no puede proporcionar fácilmente una respuesta satisfactoria. No obstante, es claro que los artículos 1902 CC y 139 LPC excluyen la afirmación de causalidades posibles o hipotéticas. El primero se refiere al «que por acción u omisión *causa* un daño a otro», no al que *probablemente cause* o *haya podido causar en alguna medida* un daño a otro; y el segundo, a la lesión que «*sea consecuencia* del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos», no a la que *probablemente sea consecuencia* o *haya podido ser consecuencia en alguna medida* del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Hay un evidente contraste entre los postulados de la teoría clásica de la causalidad parcial y la regla de la indivisibilidad causal recogida en las principales normas del Derecho español de daños.

Sin embargo, creo que en el Derecho español, este planteamiento puede fundamentar mejor que las teorías ontológicas la doctrina de la oportunidad, entendida como regla de responsabilidad proporcional en supuestos de incertidumbre causal. A mi juicio, los preceptos legales que tipifican casos de responsabilidad por pérdida de oportunidad o causa anónima establecen un subsistema de causalidad probabilística con arre-

sufrida. Por lo demás, en su otra monografía apoya la extensión de la doctrina de la oportunidad perdida tal y como él la entiende a todo el ámbito de la responsabilidad médica, y no sólo a los casos de ausencia de consentimiento informado (*Responsabilidad... médica*, cit., 2005, pp. 342-345).

(1118) Este autor, con ocasión del estudio dedicado al lucro cesante, hace una referencia mera a la oportunidad perdida, al aludir a la responsabilidad civil del abogado que deja transcurrir el plazo sin interponer un recurso; y parece reivindicar la figura de la *chance* cuando afirma que «entre un extremo [la certeza absoluta] y otro [la falta absoluta de certeza] cabe una graduación que habrá de hacerse, en cada caso, con criterio equitativo, distinguiendo la mera “posibilidad” de la “probabilidad”, y teniendo en cuenta que tal vez, en algún caso, sea indemnizable la mera “posibili-

dad”, si bien en menor cantidad que la “probabilidad”, base de los lucros cesantes propiamente dichos» (*La responsabilidad...*, 4ª ed. act. rev., cit., nota 276, p. 269; *Comentario...*, cit., pp. 269, 299-300). El análisis de la cuestión al hilo del estudio del lucro cesante (el perjuicio final) puede dar a entender que este autor afirma una teoría de la identificación; la circunstancia de que admita la resarcibilidad de la mera posibilidad, puede dar a entender que tal teoría identitaria se afirma como de carácter parcial; y el hecho de que tales posibilidades sólo sean indemnizables en algunos casos, manteniéndose el criterio de la resarcibilidad plena del lucro cesante cuando se alcanza la convicción de que *probablemente* el agente dañoso causó el daño, puede dar a entender que tal teoría identitaria de carácter parcial se defiende en su versión atemperada.

glo al cual la solución de los supuestos de hecho tomados en consideración se sustrae al régimen general que conduce al todo o nada. Tales preceptos han establecido en una serie de casos el derecho al resarcimiento en presencia de una probabilidad causal que es real, pero insuficiente para tener por cierto que el hecho ilícito produjo el menoscabo; y la obligación solidaria de los miembros de un grupo y la distribución interna de la indemnización en función de cuotas probabilísticas cuando no ha podido identificarse al autor de la lesión. De este modo, el legislador ha previsto un régimen de imputación causal diferenciado donde la afirmación del nexo causal y la consecuente responsabilidad se distancian de los requerimientos tradicionales. Se ha admitido así, en definitiva, la vigencia de una regla de causalidad proporcional en cuya virtud el posible agente dañoso abona una indemnización de la que se descuenta una parte en función de la probabilidad de que la víctima hubiera sufrido el perjuicio en cualquier caso. Planteada la cuestión en estos términos, lo difícil es, no apreciar que la teoría de la causalidad probabilística ha penetrado en nuestro Derecho, sino determinar si los preceptos que se basan en ella son susceptibles de aplicación analógica(1119).

III. La teoría radical de la causalidad probabilística

1. SIGNIFICADO

En los Estados Unidos, los planteamientos probabilistas empezaron a proliferar a raíz del asunto *Sindell versus Abbott* (1981), en que un Tribunal aplicó por vez primera la teoría de *Market Share Liability*(1120). La dificultad de probar que el hecho ilícito fue *condicio sine qua non* de los daños derivados del consumo de productos defectuosos explica, en gran medida, la creciente tendencia a afirmar sistemas de indemnización proporcional.

Como consecuencia de la proliferación de litigios relativos a daños masivos, unido a los de exposición a sustancias tóxicas y mala *praxis* profesional, médica o legal, un sector de la doctrina norteamericana se ha adscrito a planteamientos de este tipo(1121). Se ha hablado, incluso, de revolución a la hora de enjuiciar la repercusión que ha tenido la aplicación del criterio contenido en aquella sentencia consistente en obligar a cada uno de los fabricantes que pudieron suministrar el producto lesivo a responder en función de su cuota de mercado(1122). Algunos

(1119) De esta cuestión vuelvo a ocuparme después, en este Cap., ap. IV.

(1120) Analizada en Cap. I, ap. III.3.2.5.

(1121) Vide G. L. PRIEST, *El derecho de la responsabilidad extracontractual moderno y su reforma*, trad. esp. C. F. Rosenkrantz, en AAVV, *La responsabilidad extracontractual*,

comp. C. F. Rosenkrantz, Gedisa, Barcelona, 2005, pp. 276-279.

(1122) vide P. H. SCHUCK, *Dos cuestiones...*, cit., pp. 171-174. También, S. SHAVELL, *Economic Analysis...*, cit., p. 118, que se refiere al «vigoroso debate» suscitado por la teoría de la responsabilidad por cuota de mercado.

autores han llegado a considerar, incluso, que el concepto de causa debe alejarse por completo de la idea de verdad entendida como grado de correspondencia y transformarse en una técnica al exclusivo servicio de la justicia preventiva o la distributiva. Bajo esta perspectiva, el sistema de responsabilidad civil debería afirmar la concurrencia del nexo causal, no tanto porque haya una probabilidad –mayor o menor– de que el sujeto agente produjera efectivamente la lesión, sino, simplemente, porque se estime que de este modo se previenen accidentes o se distribuyen mejor los recursos disponibles.

En este orden de ideas, SCHUCK defiende en los Estados Unidos que, a través de las regla de la indemnización proporcional, los objetivos que han de perseguirse principalmente, son, no de justicia correctiva, sino de justicia distributiva(1123). Realiza la observación al hilo de la exposición de una aplicación de la doctrina de la responsabilidad por cuota de mercado realizada por el Tribunal de Apelaciones de Nueva York en el asunto *Haymowitz v. Eli Lilly & Co.* El Tribunal consideró que no podía liberarse de responsabilidad el fabricante que participa en un mercado de productos que generan lesiones, aunque no pueda asegurarse que la unidad elaborada por él fuera la consumida en el caso concreto; y, según dicho autor, esto prueba que los tribunales «han empezado a concebir la causación como un artefacto» y que por eso «encuentran menos inconvenientes en justificar la caracterización de la doctrina de la causa a los efectos de que ésta sirva para objetivos funcionales y distributivos»(1124). Sobre estas bases, el autor pretende edificar un concepto radicalmente jurídico de causalidad –en absoluto científico o natural–, entendido como *causalidad social*. Según dice, es preciso «suplantar el paradigma individualista de la causalidad individual por un explicación social de los daños» que, desprendida de sus tintes tradicionalmente físicos, sirva para «afirmar –en su Estrategia del Seguro– y negar –en su Estrategia Defensiva– una obligación colectiva de aliviar tal pérdida»(1125).

Por otra parte, algunos de los exponentes de la corriente norteamericana que parte de que la eficiencia es el único *desideratum* del instituto resarcitorio han configurado un concepto estrictamente económico de causalidad, que pone también el acento en el carácter probabilístico de las proposiciones causales, pero que, en rigor, «[n]o tiene que ver con lo que realmente ocurrió en un caso particular sino que realiza atribuciones *ex post*, al servicio de crear y fortalecer los incentivos *ex ante*»(1126). Así, PRIEST considera que el objetivo único del instituto resarcitorio es «el control de los accidentes» lo que, proyectado sobre el problema de la causalidad, significa que «las concepciones científicas de la causa», basadas en la prueba de la *condicio sine qua non*, deben ser «irrelevantes»(1127). Según dice, «[s]i el derecho de la responsabilidad extracontractual es reformado a fin de centrarse en la prevención de los accidentes, las concepciones legales de la causa deberían reformarse en función del mismo objetivo» de tal manera que «[u]n producto o sustancia debería ser sindicado como causa de un

(1123) *Dos cuestiones...*, cit., p. 180.

(1124) *Idem*.

(1125) *Ibidem*, pp. 185, 189.

(1126) P. H. SCHUCK, *Dos cuestiones...*, cit., p. 174.

(1127) *El derecho...*, cit., pp. 263, 276-279.

daño sólo cuando se crea que la imputación de la responsabilidad llevará a una reducción en la frecuencia de los accidentes» bajo el entendimiento de que «[s]i una imputación de causación y, por consiguiente, de responsabilidad no reducirá la frecuencia de los accidentes, no tiene sentido hacerla»(1128).

Han surgido así posicionamientos que enfatizan la racionalidad económica de la responsabilidad proporcional frente al sistema tradicional, que obliga a elegir entre la responsabilidad total y la exoneración total. De este modo, se invalida la regla de la indivisibilidad causal para afirmar causalidades proporcionales en todo caso, aunque la medida de la probabilidad sea muy alta o muy baja. Se trata, pues, de una teoría de la causalidad probabilística afirmada en términos absolutos, pues no circunscribe ya su virtualidad a una serie limitada de supuestos de incertidumbre causal(1129). Uno de los autores que ha definido y perfilado con mayor precisión un planteamiento de este tipo es el profesor John MAKDISI.

Para este autor, hay que establecer un nuevo régimen que abandone, simple y llanamente, el requisito tradicional de la causalidad y que habilite indemnizaciones basadas en el nivel de probabilidades que se determine en cada caso. Se trata de un planteamiento cuyas consecuencias desbordan, con mucho, los supuestos de incertidumbre causal, pues se refiere a la globalidad del instituto resarcitorio, transformándolo en un sistema de nuevo cuño conforme al cual la valoración del daño se produce *siempre* en función de las probabilidades de causalidad. Se postula así la instauración de un sistema de indemnización proporcional (*system of proportional damages*); y la razón de ser de esta propuesta es la consideración de que la teoría clásica de la causalidad y el corolario del todo o nada resultan ineficientes, inadecuados e injustos(1130). A través de un cambio radical, se pretende hacer frente a la injusticia radical que produce el modelo tradicional: «*No doubt this is a radical proporsal, but it seeks to alleviate a radical injustice*»(1131).

Según el profesor norteamericano, el modelo tradicional genera soluciones necesariamente equivocadas e injustas porque el perjudicado

(1128) Esta es la idea que, críticamente, ha expuesto en España RUDA GONZÁLEZ, en relación con la doctrina de la *market share liability*: «Sus impulsores instrumentalizan el Derecho de daños para poder, lisa y llanamente, corregir las insuficiencias de los mecanismos de Derecho público de control y prevención y acabar con el mercado de productos indeseados, y para ello echan mano del arma que les parece más devastadora, como es la responsabilidad por cuota de mercado» (*Entre todo...*, cit., p. 28).

(1129) Téngase en cuenta, no obs-

tante, que la literatura norteamericana desconoce (o, por lo menos, no se hace eco de) que la teoría de la causalidad parcial se ha propuesto antes en el Derecho francés como solución a los problemas de causalidad concurrente, alternativa e incierta, según hemos visto (en este Cap., ap. II.1).

(1130) *Proporcional liability...*, cit., pp. 1063-1064. El italiano PACCES se refiere en este sentido a un «*sistema probabilistico di imputazione causale*» (*Competizioni automobilistiche...*, cit., 458).

(1131) *Ibidem*, p. 1063.

nunca obtiene la medida exacta de lo que merece, al no interiorizar los elementos de incertidumbre en el juicio de causalidad física(1132). Cuando las probabilidades de que hubiera causalidad rebasan el nivel del 50%, la víctima resulta sobrecompensada porque, de conformidad con la pauta *more probable than not*, el sistema tradicional tiene por demostrada una causalidad que, en realidad, podría no existir(1133). A su vez, si tales posibilidades no alcanzan ese nivel, se margina el padecimiento del perjudicado, porque entonces el ordenamiento tiene por indemonstrada una causalidad que podría existir efectivamente(1134).

La teoría clásica es, además, ineficiente porque deja de disuadir a los agentes de las decisiones menos perjudiciales para la colectividad(1135), según pone de manifiesto el siguiente ejemplo: un operador de energía nuclear puede utilizar dos procesos, «x» e «y», siendo el segundo más barato, pero más peligroso porque incrementa el riesgo de que los empleados contraigan cáncer en un 33%. La concepción más ortodoxa de la causalidad exonera de toda responsabilidad al empresario que ha utilizado el proceso «y» porque, cuando un trabajador sufre cáncer, las probabilidades de que aquél sea la causa no alcanzan el umbral de certeza que impone el criterio de lo más probable. Por eso, es una teoría ineficiente, porque alienta al empresario a elegir «y» en lugar de «x», pues la adopción del método más dañino no le obliga a reparar los daños personales que se produzcan(1136).

La concepción tradicional de la causalidad está, además, anticuada, porque –dice el autor– desconoce los avances que vienen produciéndose en el terreno de la estadística y la probabilidad(1137). Tales disciplinas permiten una ponderación de todos los factores, los conocidos y los desconocidos y, con esto, un cálculo más exacto de las probabilidades de que el agente dañoso causara el daño que, sin embargo, resulta en gran medida desperdiciado por la teoría del todo o nada. Esto porque la determinación precisa del grado de probabilidades no tiene reflejo en la solución final, esto es, en el monto de la indemnización, que se identifica siempre con el valor total del daño si tales probabilidades superaban el umbral de certeza, o se niega por completo si eran inferiores.

Un sistema de responsabilidad proporcional resulta, en cambio, justo, eficiente y acomodado al progreso científico en el campo del conocimiento y la probabilidad. Tal sistema evita la indemnización excesiva y la compensación parca o minimizada porque el agente repara siempre en la medida de las probabilidades de que él generara el daño(1138). Además, anima a tomar las decisiones más eficientes y beneficiosas para la colectividad porque los sujetos, al saber que, cuanto menores sean las

(1132) *Ibidem*, 1073-1074.

(1133) *Ibidem*, p. 1073.

(1134) *Idem*.

(1135) *Ibidem*, pp. 1070-1071.

(1136) *Ibidem*, p. 1070.

(1137) *Ibidem*, p. 1101.

(1138) *Ibidem*, pp. 1073-1074.

posibilidades de que ocasionen daños, menores serán las cantidades que hayan de abonar, adoptarán los comportamientos menos arriesgados o potencialmente lesivos(1139). En fin, la afirmación de la responsabilidad proporcional está en sintonía con los avances realizados en el campo de la probabilidad, que no pueden ignorarse en el ámbito de la responsabilidad(1140). Con el nuevo modelo, el juzgador deja de preocuparse por determinar lo que es imposible saber con absoluta certeza, es decir, si el agente causó o no causó el daño, limitándose a calcular las probabilidades de que lo ocasionara realmente y, sobre esta base, cuantifica la indemnización(1141).

Este planteamiento va referido al entero instituto de la responsabilidad civil, y la doctrina de la oportunidad perdida es tomada como testigo de que ese sistema de indemnizaciones proporcionales está ya parcialmente en vigor(1142). El correcto entendimiento de la teoría de la *chance* conduce, desde esta perspectiva, a admitir la resarcibilidad de la oportunidad perdida en todos los casos, tanto cuando las probabilidades (de que, de no haber mediado el hecho ilícito, no se habría resultado el daño) son insignificantes (*illusory chances*), como cuando pueden reputarse serias (*substantial chance*) o, incluso, muy considerables porque superen el umbral de certeza que la teoría ortodoxa de la causalidad (en el Derecho anglosajón) sitúa en la barrera del 50% (*better-than-even chances*)(1143).

Para el profesor norteamericano, hay, además de la doctrina de la pérdida de oportunidad, otras manifestaciones del principio de indemnización proporcional, demostrativas de que el sistema que propone es ya parcialmente operativo. Así, la doctrina del concurso causal o la de la responsabilidad por cuota de mercado, al descontar de la indemnización los coeficientes que representan la aportación causal del co-causante o las probabilidades de que el agente dañoso no fuera responsable, están haciendo valer una regla de responsabilidad proporcional(1144).

En lo que llega a mi conocimiento, no hay legislación o jurisprudencia dentro del panorama comparado que se atenga abiertamente a este criterio. En todo caso, ideas afines circulan en el circuito judicial norteamericano, donde, en ocasiones, son utilizadas por los abogados de las partes demandadas, para, a través de la teoría de la causalidad probabilística, tratar de reducir el alcance de las indemnizaciones.

La *Court of appeals* del Estado de Kansas hizo frente a estos argumentos

(1139) *Ibidem*, pp. 1071-1072.

(1140) *Ibidem*, p. 1101.

(1141) El profesor MAKDISI señala en este orden de ideas que tradicionalmente se ha pedido al juzgador que determine el peso de la prueba en relación con la causalidad; y que, ahora, con la nueva regla, se le pide simplemente que fije el peso de la prueba en relación con las probabilidades

de que exista la causalidad: «*The factfinder traditionally has been asked to determine by the weigh of the evidence whether causation exist; under this new rule it is asked to determine what the weight of the evidence is as to existence of causation*» (*ibidem*, 1063).

(1142) *Ibidem*, 1092-1094.

(1143) *Ibidem*, 1092-1093.

(1144) *Ibidem*, pp. 1096-1099.

en 1991 en *Donnini v. Ouano*(1145). Se trata de un asunto de retraso culposo en el diagnóstico de enfermedad en el que acabó afirmándose la causalidad sobre la base de que era más probable que lo contrario que la negligencia médica constituyera un factor substancial en la producción del daño. Lo interesante es que el Tribunal rechazó explícitamente el argumento del abogado del Doctor Ouano de que la teoría de la pérdida de oportunidad debería aplicarse en el caso para reducir la indemnización, en el supuesto de estimarse que la probabilidad de que aquél causara el daño superara el dintel del 50%.

2. ANÁLISIS CRÍTICO

Resulta extraordinariamente llamativo que, con esta teoría, se auxilie a los agentes dañosos, admitiendo que afronten indemnizaciones reducidas cuando, atendido el criterio de la regularidad de los acontecimientos (Derecho continental) o el de la probabilidad preponderante (Derecho angloamericano), resultarían obligados a abonar el valor total del perjuicio bajo el entendimiento de que ha quedado acreditada la causalidad(1146). Como hemos visto, la técnica de la indemnización proporcional ha nacido, básicamente, para auxiliar a las víctimas ante las dificultades probatorias que se presentan en asuntos en los que se tiene sólo la fuerte intuición de que el agente es responsable(1147). Con todo, esto no es más que una mínima expresión del caudal revolucionario que la teoría podría introducir en el Derecho de la responsabilidad civil e, incluso, en la globalidad del ordenamiento jurídico.

La teoría radical de la causalidad probabilística postula, simple y llanamente, para todos los conflictos de responsabilidad civil, la sustitución de la teoría clásica de la causalidad (montada sobre el principio de la indivisibilidad) por la regla de la causalidad proporcional (basada en el principio contrario). Por eso, proyectada sobre el Derecho español, contradice abiertamente muchas reglas atinentes a la responsabilidad civil y a los mecanismos de su prueba; entre ellas, las cláusulas resarcitorias basales de nuestro ordenamiento. Pero, al margen de estos concretos desajustes, la admisión de la teoría se presta a una redefinición, cuanto menos discutible, de la función normativa de la responsabilidad civil.

Para la teoría radical de la causalidad probabilística, la valoración de la prueba no es un juicio de aceptabilidad que trata de medir el grado de correspondencia del hecho de la causalidad con la verdad al objeto

(1145) Asunto explicado y comentado por L. R. ELLIS, *Loss of chance...*, cit., pp. 374-375.

(1146) L. R. ELLIS (*ibidem*, pp. 383-394) se refiere despreciativamente a la teoría radical de la causalidad probabilística como a la *plain vanilla version of loss of chance* (nota 27, p. 374).

(1147) En parecido sentido, L. R. ELLIS, *ibidem*, pp. 377-383. Recuérdese cuanto se ha dicho de la posición de este autor en relación con la teoría del profesor KING, que produce idénticos efectos apoyándose en otros fundamentos (Cap. VI, ap. II.4.3, nota).

de afirmarlo como seguro o negarlo por meramente hipotético. La probabilidad deja de ser el método de valoración de la prueba para convertirse directamente en su mismo objeto, alejando la solución final de todos los casos de responsabilidad civil de la realidad objetiva. Basta un grado mínimo de correspondencia con la verdad para resolver positivamente el juicio resarcitorio, sin que importe la circunstancia de que, tendencialmente, el hecho (de la causalidad) sea incierto. Por eso, al afirmar que una causa es siempre fracturable o meramente probabilística, la teoría radical de la causalidad probabilística transforma el proceso en sede para la fijación de «verdades trilladas»(1148). Sin embargo, el instituto resarcitorio es, al menos en el Derecho español, una herramienta que intenta trasladar el coste del daño del patrimonio de la víctima al del agente que *verdaderamente* lo causó, y no una técnica que distribuya ese coste entre los sospechosos de haber participado en su producción, incluidos los que lo son sólo mínimamente. Así pues, una cosa es que se admita puntualmente la regla de la responsabilidad proporcional, entendida como remedio ante casos problemáticos de incertidumbre causal; y otra es que se prescinda en general y por completo del requisito de la causa física probada.

Por otro lado, no creo que un sistema general de imputación probabilística facilitara necesariamente la labor del juzgador en lo que a la apreciación del elemento casual se refiere. Tanto en el régimen de indemnización proporcional como en el sistema actual, el juzgador ha de preocuparse por determinar el grado de probabilidad de que el agente causara el daño. La diferencia radica sólo en la calificación jurídica de las probabilidades calculadas. El modelo nuevo afirma una causalidad parcial en virtud de la cual el agente dañoso afronta una indemnización proporcionada a las probabilidades detectadas; el tradicional afirma la causalidad o su ausencia, por lo que el agente afronta una indemnización total o no abona nada, en función de que se alcance o no el dintel de convicción. Pero el cálculo de probabilidad está en la entraña de ambos sistemas, por lo que, en realidad, la adopción del nuevo en nada aliviaría las dificultades prácticas que conlleva ejecutarlo.

Cosa distinta es que la proyección del grado de probabilidad sobre el valor del daño constituya una medida *mejor* que la solución extrema tradicional (todo o nada) porque se demuestre eficaz en términos de prevención. La corrección de las teorías jurídicas se mide, pero no exclusivamente, por el grado de su racionalidad económica y, en este sentido, también las producidas en el ámbito de la responsabilidad civil(1149). Sin embargo, hay que insistir en que la función de la responsabilidad civil, en España, es la restauración, no la prevención, por lo que, aunque fuera cierto que la teoría radical de la identificación parcial sirve mejor

(1148) La expresión es de P. H. SCHUCK, *Dos cuestiones...*, cit., p. 173.

(1149) Vide C.-W. CANARIS, *Función, estructura...*, cit., pp. 30-36.

a este último objetivo, tal circunstancia no aportaría por sí sola un argumento suficientemente poderoso como para promover la sustitución del viejo paradigma causal por otro basado en el carácter divisible o fraccionable del elemento etiológico. Pero es que, como hemos visto, hay analistas que sostienen precisamente lo contrario, esto es, que la doctrina del todo o nada es más eficaz bajo los parámetros de la prevención(1150). El análisis económico no arroja resultados concluyentes; y hay que añadir que, según se ha dicho, una teoría de la causalidad probabilística que traslada el criterio de la indemnización proporcional a todos los casos –no sólo a los de incertidumbre causal–, puede acrecentar desmesuradamente los costes administrativos porque, al incrementar los supuestos en que se reconoce el derecho resarcitorio, aumenta el número de litigios. Téngase en cuenta, además, que la concreción del grado de probabilidad de cada uno de los posibles agentes puede ser fuente inagotable de discusión, dada la relevancia que cobra en orden a concretar el alcance de las distintas indemnizaciones(1151).

IV. La teoría de la causalidad probabilística y el Derecho positivo

1. LA TEORÍA DE LA CAUSALIDAD PROBABILÍSTICA EN LOS CÓDIGOS DE DERECHO EUROPEO Y EN EL ANTEPROYECTO SUIZO DE OBLIGACIONES

La teoría de la causalidad probabilística, según su versión atemperada, admite la doctrina de la oportunidad perdida bajo el entendimiento de que, junto al sistema causal tradicional, se sitúa un régimen de imputación probabilística que desplaza los requerimientos probatorios normales para establecer causalidades probables que dan lugar a indemnizaciones de las que se descuenta el cupo correspondiente a la cuota de incertidumbre o probabilidad de que el agente (posiblemente) dañoso no causara el daño. No parece que los sistemas jurídicos europeo-continenciales puedan admitir este planteamiento, pues *de lege lata* el único sistema causal generalmente admitido es el clásico o tradicional.

No obstante, la solución expuesta está proyectándose en algunos ordenamientos. Me refiero, en particular, al Derecho suizo y su Anteproyecto de modificación del Código de Obligaciones, redactado por los profesores Pierre WIMER y Pierre WESSNER(1152). El artículo 56 d) esta-

(1150) Vide Cap. IV, ap. I.

(1151) S. SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law*, en *National Bureau of Economic Research, Working Paper* núm. 9483, 2003, www.nber.org/papers/w9483, p. 117. En España, se ha hecho eco de las consideraciones de este autor, A. LUNA YERGA, *La prueba...*, cit., nota 607, p. 413.

(1152) Texto disponible en la página

web de la Confederación suiza: <http://www.ofj.admin.ch/bj/it/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/haftpflicht.html>. Allí se informa de que no está prevista su aprobación durante la presente legislatura (2003-2007). Me he referido a este texto en el Cap. II (ap. II.2). También en este Capítulo, en ap. II.1.

blece que «la persona que reclame una indemnización debe probar el daño y la existencia del nexo causal» y añade que «[s]i no es posible una prueba concluyente o la persona que soporta la carga de la prueba no puede proporcionarla razonablemente, el Tribunal puede apreciarla en virtud de una probabilidad razonable; el Tribunal puede también asignar una indemnización de acuerdo con el grado de probabilidad». Además, puede decirse que los Principios UNIDROIT y la Parte General del Código Europeo de Contratos, al recoger la doctrina de la *chance*, han reconocido la vigencia de un sistema causal que en las hipótesis de estricta incertidumbre aprecia causalidades probabilísticas para afirmar responsabilidades proporcionales. Los primeros, al señalar que «la pérdida de una oportunidad puede ser reparada en la medida de la probabilidad de su realización» (art. 7.4.3); y la segunda, más claramente, al reputar que «forma parte del lucro cesante la pérdida de oportunidad de ganancia que puede considerarse –con certeza razonable– ocasionada» (art. 163).

Tales preceptos consagran un sistema dual de imputación causal, que admite dos regímenes distintos, el ordinario o general; y, el extraordinario o especial, establecido para los concretos supuestos de incertidumbre causal. El primero es el modelo tradicional, basado en la regla de la indivisibilidad y conducente al reconocimiento de causalidades reales o naturales que, como tales, son insusceptibles de fragmentación, por lo que sólo pueden dar lugar a la reparación total del daño ocasionado. El segundo se edifica sobre la regla contraria y permite la afirmación, en determinados casos, de causalidades ficticias o ideales para asentar una reparación parcial que pondera la probabilidad de que el agente ocasionara el perjuicio padecido.

La aplicación de un sistema dual de causalidad se enfrenta a un relevante problema. La exigencia de la incertidumbre como presupuesto para la aplicación de la teoría de la *chance* (con el sistema causal que lleva incorporado) encierra una serie de criterios que permiten restringir en alguna medida su ámbito operativo. Pero tales criterios no permiten una definición clara y precisa de casos. Una formulación legal tan general de la teoría de la oportunidad no facilita una acotación racional de los supuestos regidos por el régimen de imputación probabilística. Resulta difícil identificar la regla que ha de aplicarse a cada una de las múltiples y variadas hipótesis de estricta incertidumbre que pueden plantearse, la de la responsabilidad proporcional o la de la indivisibilidad causal. Así las cosas, el problema que plantean los Códigos y el Anteproyecto mencionados es la dificultad de delimitar *racionalmente* el ámbito de aplicación de una doctrina que es potencialmente *ubiquitaria*(1153).

En cualquier caso, interesa retener que el fundamento de la responsabilidad proporcional consagrada en los preceptos mencionados parece

(1153) Vide Cap. I, ap. III.2.2.

localizarse, no en la invención de una entidad personal o patrimonial preexistente, sino en el reconocimiento de que la teoría clásica de la causalidad, aunque generalmente aplicable, no es la única utilizable. Se afirma así la resarcibilidad de un daño incierto sin negar ficticiamente esta calidad bajo el entendimiento de que, ante la incertidumbre causal, puede aplicarse un sistema causal alternativo.

2. LA TEORÍA DE LA CAUSALIDAD PROBABILÍSTICA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

2.1. *Planteamiento*

El régimen de imputación causal español se corresponde con el sistema tradicional establecido en los artículos 1101 y 1902 CC y 139 LPC, entre otros, que subordinan el surgimiento de una responsabilidad civil total, por la integridad del daño padecido, a la comprobación de que existe una causa física altamente probable. No hay, pues, una regla de causalidad proporcional o probabilística en cuya virtud pueda entenderse admitida con carácter general la doctrina de la oportunidad perdida. El legislador español no ha establecido un régimen causal que permita declarar abiertamente responsabilidades sin la prueba patente del nexo de causalidad, descontándose de la indemnización debida la parte correspondiente a la cuota de probabilidad de que el daño no sea consecuencia del hecho ilícito. Así pues, la doctrina de la oportunidad no ha sido acogida legalmente como remedio utilizable en todo género de hipótesis de incertidumbre causal.

El ordenamiento español carece de un precepto similar a los del Anteproyecto de modificación del Código suizo de Obligaciones, los Principios UNIDROIT y la Parte General del Código Europeo, pero no puede decirse que la doctrina de la oportunidad perdida sea radicalmente inadmisibles. Nuestro Derecho positivo contiene una serie de preceptos que, expresivos de la crisis en que está envuelta la concepción clásica de causalidad⁽¹¹⁵⁴⁾, establecen responsabilidades en supuestos en que falta la prueba patente del nexo causal. En cierta medida, el juego de tales preceptos permite aplicar abiertamente, sin *ars inveniendi*, el criterio de la responsabilidad proporcional a los supuestos regulados. De este modo, el legislador ha previsto un régimen de imputación causal diferenciado donde la afirmación del nexo causal y la consecuente responsabilidad se sustrae a los requerimientos tradicionales. Planteada así la cuestión en el Derecho español, la dificultad no es poner coto a una regla de responsabilidad proporcional cuyo ámbito operativo es potencialmente ilimitado. Es concretar hasta qué punto la analogía permite aumentar el inicialmente estrecho campo aplicativo de la doctrina de la oportunidad perdida y la concepción causal probabilística que lleva incorporada. Es, pues, preciso, volver sobre los preceptos que acogen la

(1154) Es la crisis que hemos tratado de describir en Cap. VI, ap. V.

doctrina de la *chance* y determinar el alcance de la regla de responsabilidad proporcional que contienen. Hay que examinar, además, las disposiciones que han previsto reglas de este tipo para otros supuestos de incertidumbre o concurrencia causal. Me refiero a las normas relativas a la causalidad alternativa (doctrina de la causa anónima) o cumulativa (doctrina del concurso de causas).

2.2. *Exégesis de los preceptos reguladores de hipótesis de causalidad alternativa y causalidad cumulativa*

Hay un buen número de normas sectoriales que, para casos en que resulta imposible identificar quién provocó la lesión, establecen la responsabilidad solidaria de los miembros del grupo y la distribución interna de la indemnización (1155). Así, el artículo 33.5 Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza, que dispone que «[e]n la caza con armas, si no consta el autor del daño causado a las personas responderán solidariamente todos los miembros de la partida de caza». La misma regla está prevista en: el artículo 35 b) del Decreto 506/1971, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la Ejecución de la Ley de Caza de 4 de abril de 1970; el artículo 6 del Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil del Cazador, de Suscripción Obligatoria, aprobado por RD 63/1994, de 21 de enero; el artículo 32.4 párr. 2º de la Ley 7/1998, de 6 de julio, de Caza de Canarias; y el artículo 18.2 párr. 1º de la Ley 9/1998, de 2 de julio, de Caza de La Rioja. A su vez, cuando el daño lo causa un animal de caza, sin que pueda identificarse el terreno del que provino, en lugar de exonerar a los posibles responsables –los titulares cinegéticos o propietarios–, el artículo 35.1.a) del Decreto 506/1971, el artículo 71.4 de la Ley 5/2002, de 4 de abril, de Caza de Aragón, y el artículo 63.4 de la Ley de 12/2006, de 17 de julio, de Caza de Cantabria, establecen el criterio de la solidaridad, precisando los dos primeros que los deudores solidarios responden, en el ámbito de la relación interna, en proporción a la superficie colindante con el predio del perjudicado. La doctrina de la causa anónima está prevista asimismo en el artículo 17. 3 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que señala que «cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente». Parece tener cabida también en el artículo 140.1 LPC, regulador de la responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas.

Estas disposiciones regulan supuestos de incertidumbre causal en que no se satisfacen las exigencias probabilísticas normales con que tener por cierto el hecho de la causalidad. A mi juicio, es claro que, al admitir la distribución de la indemnización entre los deudores solidarios, dan

(1155) A estos preceptos ya nos hemos referido en Cap. I, ap. III.3.2.4.

carta de naturaleza legal a un sistema de imputación causal distinto del generalmente aplicable. La obligación que en estos supuestos pesa sobre el (posible) agente dañoso de soportar todo el daño (frente a la víctima) y (frente a los demás codeudores) una parte de la indemnización proporcional a las probabilidades de que fuera responsable no requiere explicaciones tales como que el perjudicado ha sufrido un atentado a un bien de la personalidad, o que la colectividad en la que se integraban los eventuales autores constituye una sociedad a la que puede imputársele el daño para la ulterior distribución social de la deuda resarcitoria, o que los posibles causantes responden porque hay un riesgo creado, o que opera una presunción legal de causalidad(1156). Basta comprobar que el legislador ha querido articular para una serie determinada de casos un sistema causal diferenciado que admite responsabilidades basadas en causalidades posibles, eventuales o hipotéticas(1157).

Estos preceptos serían insusceptibles de aplicación analógica si se entendiera que la regla que contienen es de Derecho excepcional o singular. Si se parte de que estas normas derogan puntualmente la exigencia de una causalidad cierta y efectiva, no cabe aplicarlas a los supuestos no regulados de daño causado por miembro indeterminado de grupo(1158). Bajo esta perspectiva, la justificación de la solución que

(1156) Recuérdese en este sentido cómo, ante la tipificación legal de supuestos de responsabilidad de los que la culpa dejaba de constituir un presupuesto, la doctrina se esforzó a través de variados expedientes en encontrar fundamentos asociados al dolo y la negligencia. Muy pronto Vittorio Emanuele ORLANDO (*Saggio...*, pp. 330-333) se hizo eco de esta tendencia y realizó una serie de consideraciones que, *mutatis mutandis*, ayudan a entender los preceptos que, en la actualidad, tasan responsabilidades sin causa (demostrada). Según el administrativista palermitano, antes que hablar de un error del legislador por la omisión de la referencia a la culpa en la regulación de esos supuestos, habría que preguntarse si el equívoco está en la postura que adjudica al elemento subjetivo el rango de título único y exclusivo de imputación. Dice a continuación que en lugar de buscar en la Ley «un porqué que no se comprende» (la culpa presumida o inventada), habría que reflexionar en torno a si, en realidad, «ese porqué incomprensible ha sido sustituido por otro» (el riesgo creado).

(1157) En cierto modo, es la postura de V. MÚRTULA LAFUENTE (*La responsabilidad...*, cit., pp. 111-112) cuando, dice que «[l]a conclusión que podemos extraer de normas en que en el caso del daño causado

por un miembro indeterminado de grupo existe una clara voluntad del legislador de que la responsabilidad que pese sobre cada uno de los partícipes del daño sea solidaria frente a la víctima del daño» y «en la relación interna de los diversos deudores solidarios existirá un derecho de reembolso proporcional al grado de intervención que cada uno de ellos haya tendido en la producción del daño y si no se pudiese determinar, responderán por partes iguales». Añade que «[l]a razón hay que buscarla en la esencia misma de los supuestos que nos ocupan, donde no se sabe en concreto cuál de los agentes dentro de un grupo es el causante material del evento –no de una porción del mismo–, es decir, concurriendo varios sujetos, la conducta de cada uno tiene entidad suficiente para producir el daño en su integridad, valorada con independencia de la de los demás». Se trata, en definitiva, de un régimen especial diseñado por el legislador «a la vista de la imprecisión que impediría probar quién y en qué cuantía causó directamente el daño».

(1158) En este orden de ideas, se ha dicho que «[l]a posibilidad de realizar una extensión analógica de la consecuencia jurídica prevista en estas Leyes especiales a otros supuestos distintos en los que se cause un daño por parte de un sujeto no individualizado dentro de un grupo de per-

impone la conciencia jurídica y social obliga a mantener los «simulacros» defendidos en la actualidad para estos casos. Sin embargo, tales preceptos pueden comprenderse como normas de Derecho especial que conforman un régimen de responsabilidad que obedece a un principio jurídico propio. Por eso son susceptibles de aplicación analógica y de interpretación extensiva. Esta solución permite inducir un principio general de causalidad probabilística aplicable a todos los casos de daño causado por miembro no identificado de grupo, lo que, a la postre, da lugar a que los jueces puedan utilizar la doctrina de la responsabilidad colectiva sin necesidad de acudir a los expedientes paliativos del dogma de la indivisibilidad causal(1159). Puede decirse así que, en relación con estos casos, el Derecho español impone abiertamente un régimen de imputación causal alternativo al tradicional porque, aún sin la prueba patente de la *condicio sine qua non*, establece una responsabilidad solidaria y admite la distribución de la indemnización entre los deudores en función de la probabilidad causal.

La afirmación de un nuevo paradigma causal, basado en una dualidad de regímenes, tiene su paralelo en el proceso de consolidación de un nuevo modelo de imputación subjetiva que acepta la existencia de una pluralidad de razones y criterios para trasladar el coste del daño del patrimonio de quien lo sufre al que lo causa. La doctrina civil, cuando no tuvo más remedio que reconocer que el monismo culpabilista había sido superado, se aferró al viejo paradigma aceptando una responsabilidad civil basada en razones distintas de la culpa sólo en los casos en que el legislador lo había previsto específicamente. De este modo, se entendía que la culpa era un principio general universalmente aplicable, pero que admite derogaciones normativas expresas de carácter singular(1160). La doctrina administrativista superó este planteamiento, señalando que la cláusula general relativa al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos comprendía una variedad de criterios y que todos –no sólo la culpa– funcionan con carácter general, con el mismo rango, es decir, sin jerarquizarlos. El régimen de responsabilidad patrimonial, según fue interpretado, respetaba así

sonas, choca con el inconveniente de que estamos ante leyes que están pensadas para un tipo de actividad muy concreta y específica, en la que existe un factor de riesgo-beneficio que justifica la responsabilidad agravada y obliga a la contratación de un seguro obligatorio en la mayoría de los casos». (V. MÚRTULA LAFUENTE, *Causalidad alternativa...*, cit., p. 8).

(1159) Éste es en cierto modo, el criterio del Tribunal Supremo, que ha fundamentado la doctrina de la responsabilidad colectiva en la aplicación analógica del artículo 33.5 Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza (cfr. las SSTs de 8 de febrero de 1983, 13 de septiembre de 1985 y 11 de abril de 2000, comentadas en Cap. I, ap. III.3.2.4). Es también la tesis defendida en España

por L. Díez PICAZO (*Derecho...*, cit., p. 167), que de estos preceptos deduce «una regla en virtud de la cual cuando un daño haya sido causado o haya sido originado en las actividades de un grupo o conjunto de personas, la responsabilidad de los daños compete a todos solidariamente, a menos que cada uno se exonere probando la inexistencia de un vínculo de causalidad o de una imputación objetiva en relación con él».

(1160) Es todavía hoy un planteamiento extendido dentro de la doctrina civil española. Cfr. M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, t. II, cit., pp. 926 y 927; J. SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y procesal*, t. II, 7ª edic., Montecorvo, Madrid, 1993, pp. 561-562.

la virtualidad atributiva que, tradicionalmente, el ordenamiento había asignado a la culpa, pero no le otorgaba el rango de título exclusivo ni le adjudicaba siquiera una superioridad de valor que la hiciera generalmente utilizable en detrimento de otros títulos justificativos de la responsabilidad(1161). Después, en el ámbito del Derecho civil, ha surgido una importante doctrina que, según expresión de la profesora María MEDINA ALCOZ(1162), niega la «extravagancia» de inducir un principio general de imputación por riesgo y propone la aplicación analógica de los artículos 1905, 1908 (2º y 3º) y 1910 CC, para regular la responsabilidad derivada de actividades peligrosas carentes de regulación específica, en el entendimiento de que la objetivación es una «exigencia intrínseca» del tratamiento que debe darse a la responsabilidad civil en estos casos(1163).

Lo mismo cabe decir de las numerosas reglas sectoriales que explicitan una responsabilidad proporcional al disponer que de la indemnización debida es preciso descontar la «cuota» ideal de causalidad aportada por el propio perjudicado; y de los preceptos que recogen ese criterio

(1161) Sobre esta cuestión, me he ocupado ampliamente en *La responsabilidad...*, cit., pp. 137-154.

(1162) *La culpa...*, cit., p. 66.

(1163) Así, con alguna diferencia de matiz: R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado...*, cit., pp. 560-561; S. CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación...*, cit., pp. 141-146; J. L. GARCÍA HIRSCHFELD, *Ensayo sobre temas varios de Derecho de daños*, RDP, 1979/11, pp. 1049-1050; M. LINACERO DE LA FUENTE, *Responsabilidad civil por daños causados por animales. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 13 de febrero de 1996*, RDP, t. 81, 1997/9, p. 651; M. MEDINA ALCOZ (*La culpa...*, cit., pp. 57-72); F. PEÑA LÓPEZ (Comentario a los artículos 1902 a 1910, en *Comentarios al Código civil*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Elcano, 2001, p. 2136; *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Comares, Granada, 2002, pp. 185-188; y *Los criterios de imputación objetivos*, en AAVV, *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, dir. J. M. Peña López, Cálamo, 2004, pp. 135-145; C. ROGEL VIDE, *La responsabilidad civil...*, cit., p. 187; y *Aspectos de la responsabilidad civil extracontractual resultante de daños causados por productos defectuosos sin y con la jurisprudencia en la mano*, RGLJ, 1999/5, pp. 595-611; también, en AAVV, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, coord. J. A. Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 595-596. En esta línea, se situaban ya hace tiempo los italianos Ludovico BARASSI (*Contributo alla teoria de la responsabilità per fatto non proprio in special modo a mezzo di animali*, Riv. it. Scienze giur., XXIII, 3, 1897, sept., pp. 348-

355; XXIV, 1 y 2, 1897, dic., p. 187) y N. COVIELLO (*La responsabilità senza colpa. Proibizione al corso di Diritto civile nella R. Università di Catania*, Riv. it. Scienze Giuridiche, XXIII, 1, 1897, pp. 188-216) y los franceses L. JOSSERAND (*De la responsabilité du fait des choses inanimés*, 1897; y *Derecho Civil*, t. II, vol. 1º, *Teoría general de las Obligaciones*, cit., pp. 289-449) y R. SALEILLES (*Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, 3ª ed., LGDJ, Paris, 1914, pp. 376-401). Sobre estos planteamientos y, en particular, sobre los que en la misma línea surgieron en la cultura jurídica germánica (ÜNGER, *Handeln auf eigene Gefahr*, JhJb, t. 30 -t. 18 en la nueva serie-, 1891, pp. 363-421; ESSER, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung*, 1941), vide, J. M. PEÑA LÓPEZ, Prólogo a F. PEÑA LÓPEZ, *La culpabilidad...*, cit., pp. XXXVIII-LX; F. PEÑA LÓPEZ, ob. últim., cit., pp. 65-72; M. MEDINA ALCOZ, *La culpa...*, cit., pp. 109-121; A. HERNÁNDEZ GIL, *La inversión de la carga de la prueba y la responsabilidad objetiva en los daños causados por automóviles: una primera aproximación de la jurisprudencia*, en *Obras Completas*, t. III, *Derecho de Obligaciones*, Espasa-Calpe, Madrid, 1988, pp. 546-547; L. Díez-PICAZO, *Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual*, en *La responsabilidad en el Derecho*, dir. F. Pantaleón Prieto, An. Fac. Der. Univ. Autón. Madrid, núm. 4, Madrid, 2001, pp. 153-166; y G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 377-406.

al mencionar el derecho de quien abona la indemnización a repetir contra los demás deudores solidarios que colaboraron causalmente en la producción del daño(1164). Tales preceptos establecen un sistema de imputación causal de carácter proporcional disímil del previsto en las cláusulas generales de responsabilidad civil, que requieren la presencia de una causalidad real o natural para obligar a una reparación íntegra del perjuicio ocasionado. En estos casos, para explicar la distribución proporcionada de la indemnización entre los co-causantes, no hay que acudir a forzadas explicaciones que traten de conciliar la compensación parcial del daño «parcialmente» ocasionado con la teoría general de la causalidad comúnmente aceptada. Basta constatar que el legislador ha querido que esos concretos casos estén gobernados por un modelo causal alternativo que admite que el daño deje de atribuirse enteramente a todos los coautores o a ninguno (todo o nada). Por tanto, junto al régimen causal tradicional, basado en la indivisibilidad, se sitúa otro que entra en juego en los supuestos regulados y que se basa en una causalidad ideal, fraccionable y proporcional.

Para justificar la aplicación del mismo criterio a los supuestos no específicamente previstos, un buen número de autores se basa en el principio de equidad(1165). No obstante, la consideración de que las disposiciones mencionadas son Derecho especial, y no excepcional, permite aplicarlas por analogía a cualquier otra hipótesis en que la conducta del agente dañoso concurre en la gestación del daño con la de la propia víctima o la de un tercero(1166).

Evidentemente, el recurso a la analogía no es preciso en el marco de

(1164) A tales preceptos me he referido en Cap. I, aps. III.3.2.1 y III.3.2.2.

(1165) La doctrina y la jurisprudencia civil invocan a menudo el artículo 1103 CC: «*La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligación; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos*». Acuden a este artículo para justificar la moderación de la responsabilidad en supuestos de culpa de la víctima, en particular, J. L. LA-CRUZ BERDEJO, *Elementos...*, t. II, vol. 1º, 1985, cit., p. 538; A. SOTO NIETO, *La llamada compensación de culpas*, R. Der. Priv., t. 52, 1968, pp. 417. Una acertada crítica a este planteamiento puede encontrarse en el importante trabajo de S. DÍAZ ALABART, *La facultad de moderación del artículo 1103 del Código civil*, ADC, t. 40, 1987/3, pp. 1133-1224. Es frecuente también que la Sala 3ª del TS invoque la equidad como fundamento de la reducción de la indemnización debida por la Administración en supuestos en que el administrado ha contribuido en la causación de su propio daño. Así, por ejemplo,

la sentencia de 30 de octubre de 1990 (RJ 1990, 8338), en relación con los perjuicios derivados de una suspensión ilegal de licencia municipal de apertura de discoteca hasta tanto se presentara un proyecto técnico en el que constaran las medidas correctoras que acomodaran el local a las prescripciones del Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos. En este asunto, el Tribunal entendió que la víctima pudo evitar la producción del daño si hubiera presentado el referido proyecto. Pero no se estimó que tal conducta tuviera una relevancia causal exclusiva, por lo que, partiendo de la doctrina del concurso causal e invocando el criterio equitativo, se condenó a la Administración a cubrir el 70% de los beneficios dejados de percibir durante el lapso que la discoteca permaneció cerrada.

(1166) Sobre el recurso a la analogía como mecanismo de generalización del «el principio general de reparto de daños» así como del «principio general del riesgo», K. LARENZ, *Metodología...*, cit., pp. 381-382.

la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, que regula con carácter general las hipótesis de concurrencia(1167). Ni siquiera es necesario en el ámbito de la responsabilidad civil de los particulares si se comparte una argumentada posición doctrinal que pretende residenciar en el artículo 1902 CC un principio general de causalidad parcial aplicable en estos casos. Según ella, el referido artículo establece el principio de indivisibilidad causal, lo que conduce necesariamente a la solidaridad de los coautores: la conducta de cada uno de los participantes es *condicio sine qua non* del daño padecido por lo que, no pudiéndose fragmentar la causalidad natural, todos ellos han de indemnizar a la víctima la totalidad del daño. De acuerdo con esta idea, puede decirse que, cuando el coautor es un tercero, la regla de la indivisibilidad del artículo 1902 impone la responsabilidad solidaria de todos los participantes y, al mismo tiempo, el derecho del sujeto que satisface la deuda a reclamar el *totum* a cualquiera de los intervinientes, pues cada uno causó el daño en su integridad. De este modo, la cláusula general conduce a una cadena infinita de reclamaciones de los codeudores entre sí. Como no puede tolerarse esta lectura del artículo 1902, hay que entender que el propio precepto prevé implícitamente el mecanismo del reparto o compartición de la reparación según cuotas «ideales» de aportación causal. Esta teoría se distancia así de la exigencia de una causalidad única y real, admitiendo abiertamente que la indemnización se reparta en función de cuotas expresamente calificadas como *ideales*, porque «no son reales, en tanto que no miden verdaderamente la estricta causación de un daño que ha sido producido en su totalidad por dos sujetos al mismo tiempo»(1168).

A su vez, cuando el coautor es la propia víctima, de acuerdo con el principio de indivisibilidad resulta tan coherente que ésta soporte el daño por completo, por habérselo causado; como que lo repare el sujeto agente en su integridad, por haberlo ocasionado también. El artículo 1902 CC impone así dos soluciones lógicamente contradictorias: la completa responsabilidad y la completa exoneración del agente dañoso(1169). Como no puede admitirse que una norma conduzca a soluciones absurdas (todo y nada al mismo tiempo), hay que entender ínsito en el propio precepto el mecanismo que corta el «círculo vicioso» y que consiente la deducción de la indemnización debida de la parte correspondiente a la cuota ideal de causalidad aportada por la propia víctima(1170). De este modo, se consi-

(1167) Me refiero al artículo 140 que, no obstante, regula sólo la «Responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas». El precepto adopta el criterio de la solidaridad «[c]uando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias se derive responsabilidad» y, en todo caso, cuando no sea posible determinar la responsabilidad de cada una de las Administraciones atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutela e intensidad de la intervención. A este régimen ya me he referido en el Cap. I, ap. III.3.2.2 y III.3.2.4.

(1168) M. MEDINA ALCOZ, *La culpa...*, cit., p. 218.

(1169) Partiendo de estas consideraciones, cabría decir que, en rigor, la exigencia de una causalidad natural e indivisible da lugar a un «todo y nada», porque no es que el cumplimiento de este requerimiento obligue a optar por una responsabilidad total o una exoneración total (todo o nada), es que impone simultáneamente ambas soluciones.

(1170) Así, M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, vol. 2º, cit., nota 9, p. 494; M. MEDINA ALCOZ, *La culpa...*, cit., pp. 214 ss.

dera que el mismo artículo 1902 impone un principio de causalidad parcial aplicable con carácter general en las hipótesis de culpa concurrente de la víctima: «Hablar de cuotas de aportación causal es una ficción necesaria, porque se hace imprescindible fijar (metafóricamente) cuál ha sido la contribución causal al daño de cada agente en la producción de aquél» (1171).

En relación con la teoría de la fuerza mayor concurrente, la doctrina española no ha reflexionado en torno al fundamento que la haría aplicable. No hay teorías que de la misma manera que las expuestas expliquen el porqué de una responsabilidad proporcional que rebaje la indemnización que ha de abonar el agente dañoso atendiendo al grado de relevancia causal del hecho animal o natural de que se trate. Como se ha dicho, nuestros autores «se han limitado a buscar la solución adecuada a los supuestos de concurrencia de un hecho de la naturaleza y culpa (o causa) del agente dañoso, sin otorgar explicaciones de tipo teórico» (1172). La teoría del «círculo vicioso» no puede justificar el efecto parcialmente reductor de la fuerza mayor, pues el agente dañoso no puede, evidentemente, dirigirse contra la *vis divina* como sí puede hacerlo contra la víctima o un tercero (1173). De ahí que la única solución coherente con la regla de la indivisibilidad es el todo o nada, esto es, la declaración de la entera responsabilidad del agente dañoso (por considerar que causó el daño) o su completa exoneración (por la acción irresistible de la *vis maior*) (1174). Téngase en cuenta, además, que no hay leyes sectoriales que tipifiquen supuestos concretos de exoneración parcial por la incidencia de una fuerza mayor que puedan aplicarse analógicamente. Puede decirse que el Derecho español no admite la aplicación de la regla de la causalidad parcial en estos casos, que han de regirse siempre por el principio de la indivisibilidad. A mi juicio, el único recurso para justificar la moderación de la indemnización que ofrece el Derecho positivo español *de lege lata* es el principio de equidad recogido en el artículo 1103 CC.

2.3. *Exégesis de los preceptos reguladores de hipótesis de causalidad incierta o pérdida de oportunidad*

El artículo 2.7 de la Directiva 92/13/CEE, del Consejo, de 25 de febrero, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, señala que «*Cuando una persona interponga una demanda por daños y perjuicios por los gastos habidos en la preparación de una oferta o la participación en un procedimiento de formalización, únicamente se le exigirá que pruebe que ha habido violación del Derecho comunitario en materia de formaliza-*

(1171) *Idem*.

(1172) Así lo ha puesto de manifiesto M. MEDINA ALCOZ, *ibidem*, nota 91, p. 216. Cfr. R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Tratado...*, cit., pp. 756-757; A. DE COSSÍO Y CORRAL, *La causalidad...*, cit., p. 547; J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., t. II, vol. 2º, cit., pp. 495-496; F. PEÑA LÓPEZ, *La culpabilidad...*, cit., p. 585.

(1173) P. H. ANTONMATTEI, *Contribution...*, cit., p. 147.

(1174) Lo coherente con la regla de la indivisibilidad es, pues, rechazar cualquier tutela, si el hecho perturbador puede reputarse causa adecuada; o brindar la reparación total, si puede considerarse que la causa idónea fue la acción del agente dañoso. Así, por ejemplo, F. CHABAS, *L'influence...*, cit., pp. 23-29, 135-147, 157 y P. H. ANTONMATTEI, *Contribution...*, cit., pp. 148 ss.

ción de contratos o de las normas nacionales que transponen este Derecho, y que hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato, posibilidad que se ha visto comprometida debido a esa violación»(1175). De conformidad con este precepto, la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, reconoce a «cualquier persona que tenga o haya tenido un derecho subjetivo o un interés legítimo en la adjudicación de alguno de los contratos incluidos en la misma» (art. 54.1) el derecho a reclamar una indemnización (art. 51.1), cuando «se haya probado que ha habido infracción de lo dispuesto en la presente Ley y que el reclamante hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato si no se hubiera cometido la infracción» (art. 63.2). Tal indemnización «deberá cubrir cuando menos los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación» (art. 63.3) (1176).

Estas disposiciones establecen inequívocamente la doctrina de la oportunidad perdida. Se reconoce el derecho a indemnización del licitador vencido, aunque no se demuestre que existía la alta probabilidad de que, de faltar el hecho ilícito, no hubiera sufrido el daño porque habría vencido en la licitación. Para indemnizarle los gastos e, incluso, parte del beneficio contractual inobtenido (según el artículo 63.3 Ley 48/1998) basta que tuviera posibilidades reales de victoria de no haber mediado la irregularidad o infracción. Resulta evidente que la *ratio* de estas reglas está radicalmente alejada de las argumentaciones vertidas por los defensores de las teorías ontológicas. El legislador no justifica la reparación proporcional de un daño eventual porque entienda que la víctima sufre un atentado a un bien de la personalidad o pierda un bien preexistente en su patrimonio jurídico. El legislador tipifica este supuesto, simplemente, porque no quiere que la imposibilidad de averiguar cuál habría sido el curso normal del procedimiento se traduzca en la sistemática exoneración de los que, debiendo tramitar y resolver procedimientos de contratación, incumplen el régimen aplicable. Se está, pues, ante otros preceptos que se inspiran en un sistema causal alternativo, que no exige la alta probabilidad, sino, sencillamente, una probabilidad razonable, seria o considerable.

Estas disposiciones constituyen una manifestación concreta de un muy relevante movimiento favorable a la resarcibilidad de daños eventuales en función de la probabilidad de que el (posible) agente dañoso fuera responsable. Por eso podría defenderse que expresan un principio general aplicable, por lo menos, a las hipótesis más características de pérdida de oportunidad. Hay que decir, sin embargo, que los artículos 2.7 de la Directiva 92/13/CEE y 63 de la Ley 48/1998, por sí solos,

(1175) Sobre esta Directiva y la 89/665/CEE de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación

de los contratos públicos de suministros y de obras, Cap. II, ap. III.1.

(1176) Sobre las relevantes diferencias subsistentes entre la Directiva y la norma de transposición, Cap. III, ap. I.1.

constituyen una base legal acaso excesivamente endeble para apoyar la doctrina de la oportunidad perdida, como subsistema causal probabilístico incorporado en la teoría general del Derecho español de daños aplicable en hipótesis de incertidumbre causal. A diferencia de la responsabilidad proporcional en hipótesis de causalidad alternativa y causalidad cumulativa, la responsabilidad parcial en casos de oportunidad perdida está expresamente sancionada en una única Ley española. Aunque ésta es aplicable a las empresas que operan en determinados sectores, se trata de una Ley inequívocamente administrativa, cuyos preceptos se refieren solamente a la responsabilidad patrimonial por infracción de las normas reguladoras de los procedimientos de contratación. Parece, pues, que fundar la aplicabilidad general de la doctrina de la *chance* en tales preceptos resultaría tan artificioso como defender que la oportunidad es de suyo una realidad económica cuya privación produce un daño patrimonial o sostener que es un bien de la personalidad cuya lesión provoca un perjuicio de carácter moral.

No obstante, si quiere brindarse la solución que la conciencia jurídica y social tiende a considerar que es justa, habrá que acudir a este tipo de artificios, mientras no tenga lugar una reforma legal que brinde explícita cobertura en casos de incertidumbre causal al régimen probabilístico de imputación que, según vimos, están materialmente aplicando, con mayor o menor rigor, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional, las Audiencias Provinciales, varios Tribunales Superiores de Justicia, muchos juzgados y el Consejo de Estado(1177).

De cualquier forma, parece evidente que el criterio de las «posibilidades reales» contenido en la segunda Directiva de recursos y en la Ley 48/1998 puede aplicarse, fuera del ámbito de los sectores especiales, a todos los supuestos de responsabilidad derivada de la infracción de las reglas de procedimientos de contratación pública. Como ha dicho el profesor BAÑO LEÓN, las especificaciones o aclaraciones que contiene la Directiva más moderna son en rigor trasladables a la Directiva 89/665 y, por ende, al ámbito de aplicación del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba del Texto Refundido de Contratos de las Administraciones Públicas, lo que «exige modificar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que viene reconociendo el derecho a indemnización del recurrente de una licitación, sólo si prueba que de no haber mediado la infracción a él le correspondería la adjudicación»(1178). A su vez, no parece irrazonable admitir que el referido criterio es aplicable por analogía a todos los casos en que el interesado es incapaz de asegurar que habría obtenido una resolución favorable o ventajosa, si la Administración hubiera tramitado correctamente el procedimiento administra-

(1177) Cap. III, aps. II y III.

(1178) *El contencioso...*, cit., p. 355, 357.

Más argumentos en este sentido en Caps.

II (ap. III.1.2) y III (I.1).

tivo. La consagración normativa de la doctrina de la oportunidad perdida en el ámbito de los procedimientos administrativos de contratación podría dar pie de esta manera a la aceptación de la figura en el marco de cualquier procedimiento. Así, por ejemplo, cuando el administrado logre demostrar que la probabilidad de éxito en un procedimiento de promoción o acceso a la función pública era seria y real, podría aplicarse la teoría de la *chance* sin necesidad de acudir al expediente de la realidad de la oportunidad ni a la teoría ontológica de signo personal. Con base en aquellos preceptos podría incluso tratar de argumentarse que la teoría de la *chance* y su concepción causal probabilística son admisibles con carácter general en todo el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Este razonamiento resulta un tanto forzado, pero, a mi juicio, es mejor que los habitualmente manejados por nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa (y por el Consejo de Estado) en supuestos de negligencia médica o anormalidad en el funcionamiento de los servicios sanitarios o de la Administración de Justicia.

tivo. La consagración normativa de la doctrina de la oportunidad perdida en el ámbito de los procedimientos administrativos de contratación podría dar pie de esta manera a la aceptación de la figura en el marco de cualquier procedimiento. Así, por ejemplo, cuando el administrado logre demostrar que la probabilidad de éxito en un procedimiento de promoción o acceso a la función pública era seria y real, podría aplicarse la teoría de la *chance* sin necesidad de acudir al expediente de la realidad de la oportunidad ni a la teoría ontológica de signo personal. Con base en aquellos preceptos podría incluso tratar de argumentarse que la teoría de la *chance* y su concepción causal probabilística son admisibles con carácter general en todo el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Este razonamiento resulta un tanto forzado, pero, a mi juicio, es mejor que los habitualmente manejados por nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa (y por el Consejo de Estado) en supuestos de negligencia médica o anormalidad en el funcionamiento de los servicios sanitarios o de la Administración de Justicia.

PARTE TERCERA: EL ACTO ADMINISTRATIVO FAVORABLE Y LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

CAPÍTULO OCTAVO

**EL NEXO DE CAUSALIDAD Y EL PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO**

I. Planteamiento: las hipótesis de inobtención de acto administrativo favorable

Existen multitud de supuestos en los que un ciudadano pretende una ventaja cuya consecución está normativamente condicionada a la intermediación favorable de la Administración. Son casos en que el administrado desea ampliar su esfera jurídica, pero lograrlo depende de la Administración porque ella tiene atribuida la función de adoptar la resolución positiva que produzca el provecho auspiciado o el acto negativo que decline otorgar la utilidad. Los actos administrativos por los que se reconoce o atribuye algún género de utilidad son muchísimos y muy variados. A efectos meramente informativos, pueden agruparse en tres clases(1179): 1) Actos de *constitución de una situación jurídica* nueva en el patrimonio del administrado, como el derecho de uso y disfrute de una cosa (concesiones de dominio público), un derecho patrimonial (subvenciones y ayudas públicas) o un derecho personal (concesiones de la nacionalidad); 2) Actos de *eliminación de los límites* que gravan el desarrollo de algún tipo de actividad (comercial, industrial, bancaria, sanitaria, cinegética, etc.); el ejercicio de una facultad o de un derecho (el *ius aedificandi* o el derecho a entrar y salir del territorio nacional); la realización de operaciones concretas (importación o exportación de un producto; venta de una mercancía); o la eficacia de resoluciones ya adoptadas; y 3) Actos de *certificación de un estado de cosas o de derechos*, como las características identificativas de bienes y de personas físicas y jurídicas (las inscripciones registrales), el grado de conocimientos de un sujeto (las pruebas y los exámenes) o la conformación de las características de un objeto a un modelo normativamente predefinido (las homologaciones).

Ocurre a veces que el interesado no obtiene alguna de las utilidades reseñadas y que tal pérdida pudo deberse a una irregularidad administrativa. Sin ánimo de exhaustividad, pueden concretarse los siguientes casos: 1) Exigencia en la convocatoria de un procedimiento competitivo

(1179) Ésta es la sistematización de M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, vol. II, Giuffrè, 1970, pp. 825-831, 951-1028, 1093-1180. En el estudio sobre el acto administrativo del profesor BOCANEGRA (*Lecciones...*,

cit., pp. 47-50) puede verse un amplio elenco de actos favorables en el que se menciona el contenido ventajoso que caracteriza a cada uno.

de condiciones o requisitos contrarios a la Ley o a la Constitución que el interesado no reúne; 2) No publicación de la convocatoria en el Boletín correspondiente, dando lugar a que el aspirante tenga conocimiento del procedimiento demasiado tarde, cuando el plazo de presentación de la solicitud ha transcurrido ya; 3) Denegación ilegal del bien auspiciado sin que el procedimiento se haya desenvuelto enteramente porque se considera que falta alguno de los presupuestos necesarios para la emanación del acto favorable (la denominada denegación «prejudicial»)(1180); 4) Denegación *contra legem* de la ventaja por ausencia de algunas de las condiciones exigidas tras el juicio de comprobación de aquellos presupuestos (la denominada denegación «preliminar»); 5) Denegación ilegal de la utilidad, una vez cumplimentada la función administrativa y, consecuentemente, analizados todos los presupuestos y condiciones normativamente impuestos (la denominada denegación «final»); 6) Otorgamiento ilegal de la ventaja a un tercero a través de una resolución positiva que, desde la perspectiva de los demás participantes, constituye, materialmente, una denegación; 7) Adopción de la resolución favorable, pero limitando ilegalmente su objeto a parte de la utilidad solicitada en la instancia, lo que, materialmente, constituye, respecto de la porción excluida, una denegación (la denegación «parcialmente favorable»)(1181); 8) Aprobación del acto favorable, pero sometiénolo a determinaciones accesorias ilegales que impiden o dificultan gravemente la obtención efectiva de la utilidad apetecida; 9) Incumplimiento del deber de resolver el procedimiento administrativo dentro del plazo correspondiente, cuando el ordenamiento no asocia al silencio la producción de un acto favorable presunto (silencio positivo)(1182). La posibilidad de conseguir un acto favorable puede frustrarse, asimismo, en el marco de un procedimiento ablatorio, si finaliza con una decisión que impone como gravamen la imposibilidad de obtener la utilidad que una resolución positiva podría proporcionar. Así, por ejemplo, cuando, tramitado un expediente sancionador, se impone ilegalmente a un funcionario la prohibición de participar en concursos públicos de promoción, pues de esta forma se trunca la posibilidad de aquél de presentarse y vencer en alguno.

(1180) Condiciones tales como la concurrencia de determinados estados de hecho, cualidades jurídicas o no jurídicas del objeto de la disposición normativa o del sujeto destinatario en razón de la norma reguladora.

(1181) Así, por ejemplo, la resolución por la que se libra licencia para comerciar sólo con algunas de las mercancías para las que el interesado solicitó el permiso.

(1182) La enumeración de ejemplos se basa fundamentalmente en el estudio de F. LEDDA (*Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1964, pp.

150,151, 159-161, 196-199), de quien se toman, además, las denominaciones de denegación «prejudicial», denegación «preliminar» y denegación «final». Sobre los actos que, como la resolución que concede sólo en parte la solicitud de un ciudadano, producen efectos mixtos; y los sometidos a determinaciones accesorias, R. BOCANEGRA SIERRA, *Lecciones sobre el acto administrativo*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 47-48; F. VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, pról. A. GALLEGU ANABITARTE, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 76 ss.

Estas infracciones pueden impedir que un concreto interesado obtenga una resolución administrativa favorable. Tal pérdida puede ser, además, definitiva e irreversible si subsiste una imposibilidad jurídica o material de obtener una condena judicial a la repetición del procedimiento o al libramiento de la utilidad deseada. Así, por ejemplo, cuando un contrato administrativo otorgado a un tercero ha sido ya ejecutado en el momento en que el juez o tribunal se pronuncia en torno a la validez del acto de adjudicación y el derecho del recurrente al otorgamiento o a la reanudación del procedimiento. En estos casos, la única tutela posible es la que proporciona el instituto de la responsabilidad civil. Las páginas que siguen tratan de aclarar los pasos que han de seguirse para resolver este tipo de supuestos. Las hipótesis tomadas en consideración son, pues, aquellas en que, siendo claro que la Administración cometió una infracción y que el administrado dejó de conseguir la resolución favorable, hay que averiguar si ambas circunstancias están enlazadas causalmente. La parte final de esta investigación pretende así proyectar los resultados obtenidos en torno al elemento causal y a la doctrina de la pérdida de oportunidad sobre los casos en que una irregularidad imputable a una Administración pública pudo determinar de manera definitiva e irreversible que un interesado dejara de obtener una resolución administrativa favorable.

II. La teoría de la causalidad física proyectada sobre las hipótesis de inobtención de acto administrativo favorable

1. EL CÁLCULO DE PROBABILIDADES COMO TÉCNICA NECESARIA PARA LA DETERMINACIÓN DEL NEXO CAUSAL. LA RECONSTRUCCIÓN IDEAL DEL PROCEDIMIENTO

Según hemos visto(1183), la averiguación de si concurre o no el nexo de causalidad natural implica realizar un juicio de aceptabilidad que mide el nivel de verosimilitud de la hipótesis de que, sin el hecho ilícito, la víctima no habría sufrido el daño. Tal juicio ha de apoyarse en reglas de la experiencia y pautas provenientes, por lo general, de la lógica inductiva, pero también, puntualmente, de la matemática y la estadística; y concluye positivamente cuando arroja el resultado de que la probabilidad de que la víctima no hubiera sufrido el daño era alta (80%), conforme al estándar ordinario propio del Derecho español (*id quod plerumque accidit*). Esta es la metodología racional que, consistente en la aplicación de pautas con que elegir la hipótesis más probable entre las diversas reconstrucciones fácticas posibles, impone el artículo 139 LPC, al condicionar el surgimiento del crédito resarcitorio a la demostración de que el daño sea consecuencia del funcionamiento del servicio

(1183) Cap. IV, ap. III.

público; y la LECiv, al someter la valoración judicial de las pruebas a las reglas de la sana crítica(1184).

Esta exigencia, cuando se trata de averiguar si la Administración ha impedido que el interesado obtenga un acto administrativo favorable, obliga a representarse cuál habría sido el curso normal de un procedimiento administrativo limpio de irregularidades. El juicio de causalidad se concreta aquí en un juicio en torno a la probabilidad de que la Administración hubiera reconocido o concedido la ventaja auspiciada si no hubiera cometido la infracción. Este examen viene a ser una especie de simulación del procedimiento administrativo porque borra el hecho ilícito y trata de reanudarlo (en el pasado), imaginando de esta manera y, eventualmente, con la ayuda de expertos(1185), cuál hubiera sido la resolución final o las concretas posibilidades de que ésta fuera favorable al interesado(1186). Lo que se pide al órgano decisor es, en definitiva, que realice un análisis [el que la doctrina italiana denomina *giudizio prognostico*(1187), *giudizio di spettanza*(1188) o *giudizio ipotetico*(1189)] que, partiendo de un criterio de normalidad, establezca en qué medida un correcto ejercicio de la función administrativa habría producido el

(1184) Estas consideraciones son extensibles, naturalmente, a la Administración, cuando valora el hecho causal dentro de un procedimiento administrativo, sin perjuicio de que, en este ámbito, la prueba presente algunos caracteres propios. Lo da a entender C. BARRERO RODRÍGUEZ (*La prueba...*, cit., pp. 69-72, 261) cuando, después de subrayar que las normas de procedimiento administrativo, al no establecer un principio general de prueba legal o tasada (que exigiría una concreta previsión), prevén implícitamente como regla general de valoración de la prueba la libre apreciación por el órgano decisor. La autora invoca en este sentido una escasísima jurisprudencia (SSTS de 25 de mayo de 1968, [RJ 1968, 2973]; 27 de febrero de 1980 [RJ 1980, 982]) y una vieja Orden Circular del Ministerio de Gobernación, de 28 de octubre de 1958 y añade que la «libre» valoración que ha de llevar a cabo la Administración está sujeta a los criterios de la lógica y la razón, debiéndose rechazar cualquier solución disparatada, absurda o, simplemente, incoherente con base en el principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos (pp. 261-262).

(1185) R. CARANTA (*Margini di apprezzamento e responsabilità della pubblica amministrazione*, en AAVV, *La tutela dell'interesse al provvedimento*, dir. G. Falcon, Univ. Studi Trento, Trento, 2001, p. 306; *Attività amministrativa...*, cit., p. 122) ha insistido en el

importante papel que, a los efectos de la responsabilidad, pueden desenvolver los peritos.

(1186) Así lo ha descrito el TAR de Toscana, en sentencia de 21 de octubre de 1999, núm. 766 (en Foro it., 2000/III, pp. 199-214, con nota de F. FRACCHIA, *Articolo 35...*, cit.). Por su parte, I. CACCIAVILLANI (*Il risarcimento del danno da atto amministrativo illegittimo*, Giust. civ., 2000, p. 1582) se ha referido al juicio pronóstico como a un «proceso de extrapolación estadística de los datos empresariales disponibles»; y R. PARTISANI (*Lesioni...*, cit., p. 589) como a una «investigación estadística» que consiente valorar si la posibilidad de ampliación de la propia esfera jurídica era un mero auspicio o una auténtica chance.

(1187) A este criterio se ha referido la emblemática sentencia del Tribunal italiano de Casación de 22 de julio de 1999 (núm. 500). Esta indicación ha sido considerada como una de las aportaciones más valiosas de la mencionada resolución (G. GRECO, *Interesse legittimo...*, cit., p. 1129).

(1188) Véase, por ejemplo, G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, en AAVV, *La tutela dell'interesse al provvedimento* (Trento, 2000, sept.), bajo su dir., Univ. Studi Trento, Trento, 2001, pp. 287-329.

(1189) F. TRIMARCHI BANFI, *L'ingiustizia...*, cit., p. 632.

resultado ventajoso apetecido; un juicio que arroje el coeficiente de probabilidad de consecución y, a su través, alguna de las siguientes conclusiones: Que no hay nexo causal entre la irregularidad administrativa y la ventaja dejada de obtener porque las posibilidades del interesado eran nulas o despreciables (oportunidad genérica); que hay nexo causal entre esa actuación y la ventaja inobtenida porque las posibilidades eran muchas (oportunidad perfecta o superespecífica, traducida en lucro cesante); o que había una probabilidad seria y real –pero insuficiente a los efectos de afirmar el nexo causal– que permite el reconocimiento de una indemnización parcial conforme a la doctrina de la pérdida de oportunidad (oportunidad imperfecta o específica; *chance* en sentido estricto).

Ciertamente, esta aproximación racional al problema de la causalidad en hipótesis de inobtención de acto favorable implica tareas cuya ejecución no es siempre sencilla. Requiere de juzgadores cuidadosos que, aquilatando las circunstancias del caso, sepan aventurar conclusiones razonadas y razonables en torno a un procedimiento administrativo hipotético que nunca ha tenido lugar y del que no cabe adquirir certezas absolutas. Se trata, no obstante, de dificultades que, lejos de ser propias de la casuística ligada al procedimiento administrativo, son comunes a todos los pleitos en que ha de apreciarse un hecho causal. Piénsese en los complejos procesos causales en materia de responsabilidad civil médica sobre los que a diario se pronuncian los tribunales. El juez no es especialista en temas sanitarios y, sin embargo, a efectos resarcitorios, le pedimos con naturalidad que establezca, por ejemplo, si la enfermedad padecida por la víctima derivó de la ingesta del medicamento que fabricó el demandante o del diagnóstico tardío del negligente médico. Por eso, con la misma naturalidad, ha de admitirse que los jueces se pronuncien sobre el resultado posible de un procedimiento administrativo hipotético si de esto depende la presencia en el caso concreto del dato de la causalidad y, por ende, el surgimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración o su exoneración. Téngase en cuenta, además, que, en principio, para valorar si hay conexión causal, los tribunales están mejor preparados en estos casos que en muchos otros, pues el cálculo de la probabilidad de que el hecho ilícito fuera condición *sine qua non* requiere aquí conocimientos de carácter básicamente jurídico. En líneas generales, ha de resultarles más fácil comprobar cómo la Administración habría apreciado hechos y aplicado reglas jurídicas que averiguar si el detrimento fisiológico del enfermo habría tenido lugar si no se le hubiera proporcionado el fármaco defectuoso o si el médico hubiera diagnosticado a tiempo la patología.

2. LAS TENDENCIAS CONTRARIAS AL CÁLCULO DE PROBABILIDADES

Según hemos visto(1190), la doctrina civil no siempre afirma clara-

(1190) Cap. IV, ap. III.2.3.

mente que averiguar si hay nexo causal material conlleva apreciar el grado de probabilidad de que el hecho ilícito fue condición necesaria del daño padecido. En alguna literatura jurídico-administrativa (sobre todo en la italiana, que es la que más se ocupa de estas cuestiones) tales reticencias se repiten y, en algunos casos, llega a fundarse una especie de *ius singulare* en cuya virtud se niega la aplicabilidad de las reglas derivadas de la teoría general de la causalidad (la doctrina de la equivalencia de las condiciones, la pauta de la probabilidad suficiente, los criterios de cálculo probabilístico y las reglas de cierre). La circunstancia de que, para resolver la cuestión del *an* (y, eventualmente, si se trata de una oportunidad estricta, también la del *quantum*), haya que «especular», es decir, haya que trabajar entre «la historia y la profecía»(1191) y, de esta manera, vislumbrar las posibles soluciones que habría podido deparar el procedimiento administrativo suscita a veces cierta perplejidad entre los especialistas del Derecho Administrativo. La formulación de conjeturas y el estudio de la información disponible con el fin de calibrar el grado de su verosimilitud son inherentes a cualquier investigación histórica, incluida la referida a los hechos dentro de un proceso jurisdiccional. Sin embargo, a veces, se da la espalda a esta idea cuando las conjeturas se refieren a la manera en que una Administración pública pudo disponer de su poder, es decir, al hecho causal en hipótesis de inobtención de resolución favorable. La razón última de esta actitud es, posiblemente, la escasa atención que también en este ámbito se ha proporcionado al problema de la valoración de los hechos y a la teoría de su conocimiento judicial, que es la que permite captar la verdadera significación que, dentro del sistema de responsabilidad patrimonial, cobra la exigencia de la prueba del hecho causal(1192).

2.1. *El cálculo de probabilidades y el principio de la separación de poderes*

Hay una actitud recelosa, escéptica o abiertamente contraria al juicio pronóstico en las hipótesis aquí consideradas. Se dice que, con el juicio pronóstico o *rifacimento ideale del procedimento*(1193), el juez se involucra en el quehacer administrativo, interfiriéndolo injustificadamente, pues sólo corresponde a la Administración la tramitación de un procedimiento administrativo y el ejercicio de las potestades que tiene normativamente atribuidas(1194). Bajo esta perspectiva, el juicio de causalidad,

(1191) G. P. CIRILLO, *Il danno...*, cit., p. 243.

(1192) Ha puesto de manifiesto estas carencias C. BARRERO RODRÍGUEZ (*La prueba...*, cit., pp. 37, 149-150), al denunciar que «[e]n verdad, no suele repararse, en toda su importancia, en el valor que la apreciación de los hechos tiene a la hora de medir el poder real del Juez» y que se ha dispensado escasa atención a la prueba en el procedimiento administrativo.

(1193) La expresión es de G. P. CIRILLO, *Il danno...*, cit., p. 221.

(1194) Así, R. MURGIA (*Il risarcimento...*, cit., pp. 235-236) considera que este método mantiene un alto grado de incertidumbre y que no se adapta a las exigencias del interés público, desconocido en las relaciones entre particulares y, en su lugar, reclama una intervención normativa porque, según él, ha de ser el Legislador el que calibre las indemnizaciones que, me-

entendido como juicio probabilístico destinado a determinar el grado de aceptabilidad de la hipótesis del nexo causal, es en estos casos incompatible con el principio de la separación de poderes. Esta idea se corresponde, en cierto modo, con la postura que, en supuestos de responsabilidad de abogados y procuradores, sostiene que, para determinar si hay causalidad entre la negligencia profesional y la inobtención de una resolución judicial, no puede llevarse a cabo el denominado «juicio dentro del juicio» (1195). Es también la postura que, según parece, adopta a veces el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando renuncia a averiguar cuál habría sido el resultado probable del proceso en ausencia de la vulneración del artículo 6 CEDH bajo el entendimiento de que la realización de esta tarea supone una intromisión en la soberanía del Estado implicado (1196). En estos casos, lo que es pauta general en el

diatizadas por ese interés público [?], hayan de abonarse. Por otra parte, SCOCA (*Risarcibilità...*, cit., pp. 19-21) ha escrito: «el juicio pronóstico es (normalmente) inadmisibile pues contradice el principio que reserva a la Administración el ejercicio del poder y, en tal ámbito, (sobre todo) la realización de elecciones discrecionales». Pero no es que este autor, muy crítico con la sentencia 500/1999 del Tribunal de Casación, considere que no pueda haber ningún tipo de indemnización. Su opinión se inserta en esa tendencia que asocia el daño a situaciones jurídicas típicas y la responsabilidad civil a la violación de alguna de éstas. Desde su perspectiva, el interés legítimo de quien pretende una resolución favorable es una situación jurídica indemnizable, un poder cuya lesión genera responsabilidad, aunque un juicio pronóstico (que él considera irrelevante), revelase que el resultado beneficioso no se habría conseguido de ninguna manera. Este planteamiento, repetido en una reciente obra del autor (*Giustizia amministrativa*, cit., pp. 85-90) no resuelve el problema de determinar cuándo hay nexo causal ni cómo valorar el daño si éste no se identifica con el causalmente vinculado a la infracción administrativa. Si la denominada lesión del interés legítimo debe en todo caso repararse, se corre el riesgo que haya responsabilidad sin daño lo que, no tanto de los presupuestos conceptuales del autor, pero sí, desde luego, desde los de esta investigación (la funcionalidad resarcitoria, que no sancionadora, de la responsabilidad civil) es inaceptable. Por lo demás, alguna literatura francesa parece favorable a configurar el concepto de oportunidad perdida, cuando se maneja en el contexto de un procedimiento administrativo, como una noción

autónoma, diversa de la que es propia del Derecho privado. Se trata del planteamiento de F. SALLET (*La perte...*, cit., p. 96), quien señala que el Consejo de Estado dota de completa autonomía al concepto de *chance* cuando entra en contacto con el poder discrecional.

(1195) Recuérdese cómo este posicionamiento, expresado en los Derechos francés e italiano hace más de medio siglo, es defendido en la actualidad por SSTs de 11 de noviembre de 1997 y 25 de junio de 1998; y algún autor español, como V. ALBENÉS MEMBRILLO, *La responsabilidad...*, cit., p. 98. Sobre esta cuestión, Cap. IV, ap. III.2.2.

(1196) *Vide* Cap. II, ap. III.2.2. Recuérdese que a veces se renuncia al cálculo de probabilidad para producir el resultado exactamente contrario, esto es, para reconocer la indemnización de un daño sin entrar a examinar si el responsable lo causó verdaderamente. Me refiero a los supuestos en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos invoca el principio de presunción de inocencia para eludir la tarea de determinar cuál habría sido el resultado probable de un proceso penal, si el imputado no hubiera sido asesinado. Según vimos, los familiares de la víctima tienen todo el derecho a obtener en este tipo de casos la indemnización por el daño moral y los gastos derivados del fallecimiento. Sin embargo, no puede reconocerse automáticamente su derecho a la parte que el perjudicado les habría otorgado de los ingresos que habría obtenido de haber continuado con vida. El principio de presunción de inocencia no puede servir para reconocer estas compensaciones, si resulta que era altamente probable que la víctima no hubiera obtenido ganancias porque hubiera sido encarcelada. Otra cosa es que, a la

trance de establecer si hay nexo causal (la reconstrucción ideal de los acontecimientos), se percibe como un *iter* heterodoxo o anómalo porque se entiende que hay una intromisión en los ámbitos reservados del poder, una vulneración del principio de separación de poderes o un desconocimiento de la cosa juzgada(1197).

Frente a estos postulados, cabe replicar que este juicio hipotético no es más que la aplicación particular (a un ámbito concreto de la realidad) de un principio general en materia de nexo causal y certeza del daño(1198). No constituye una regla peculiar que quiera incorporarse al Derecho Administrativo de la responsabilidad por daños. La especialidad no puede predicarse de la regla jurídica que obliga a realizar el juicio pronóstico, sino del objeto al que la misma se aplica, que es una actividad que, por ser de naturaleza intelectual, se caracteriza por la frecuente imprevisibilidad de su resultado(1199). Estando sujetas las ventajas consideradas al éxito de un expediente administrativo, reconstruir el curso de los acontecimientos es imaginar el curso de una limpia tramitación, como si la Administración no hubiera cometido la irregularidad desencadenante. Las hipótesis tomadas en consideración se inscriben en un contexto regulado de tal manera que la determinación de si hubo nexo causal (o pérdida de *chance*) depende, en parte, de la manera en que se habrían aplicado reglas jurídicas(1200) y habrían apreciado cir-

hora de investigar cuál hubiera sido el resultado de un proceso penal hipotético haya que tener en cuenta el severo parámetro probabilístico que en él se habría debido aplicar (90%, según vimos en Cap. IV, aps. III.3.1 y III.3.3.2) y que habrían podido producir la absolución del acusado aún en el caso de que hubiera alguna probabilidad de que fueran ciertos los hechos que se le imputaban. *Vid.* Cap. II, ap. IV.1.2, nota.

(1197) Un buen ejemplo en este sentido lo proporciona la precitada SAP de Asturias (Secc. 1ª) de 8 de abril de 1997 que declaró: «El juez “a quo”, en lugar de otorgar el daño moral (...) sobre el que (...) debería centrarse la indemnización (...), procede indebidamente a una revisión de la sentencia que quedó firme por la actuación negligente del profesional, sustituyendo la labor que hubiera correspondido al Tribunal “ad quem”, con quebranto de los principios en que se asienta la cosa juzgada y utilizando, además, criterios harto discutibles, para otorgar una indemnización basada en puras conjeturas, cuáles son lo que hubiera obtenido la parte de prosperar el recurso, cuando también es posible que la sentencia se hubiera confirmado, por lo que esta revisión de lo juzgado no puede servir de fundamento para la solución del problema (...) y sí, como único capítulo, el daño moral sufrido al no permitirle el

acceso a la segunda instancia, (...) evaluable en 600.000 Ptas. (...). El trasfondo de la cuestión tiene que ver, quizá, con la tradicional consideración de que determinados sujetos, la Administración y los profesionales liberales, no debían sujetarse de la misma manera que los demás al Derecho de la responsabilidad civil. Sobre el tema se ha ocupado V. CARBONE (*Il giudice amministrativo adotta la responsabilità da «contatto procedimentale»*, nota S. Cons. Estado [Sec. IV], 6 ag. 2001, núm. 4239, Danno resp., 2002/2, pp. 190-199), quien entiende que, históricamente, la exaltación de esas peculiaridades subjetivas ha servido de pretexto para alumbrar reglas de privilegio que, como la de la imposibilidad del juicio pronóstico, no son aplicables a todos los agentes dañosos.

(1198) F. TRIMARCHI BANFI, *L'ingiustizia...*, cit., p. 634. Siguiendo a esta autora, también, R. GIOVAGNOLI, *L'elemento oggettivo: il danno ingiusto*, en G. GARRI y R. GIOVAGNOLI, *Responsabilità civile delle amministrazioni e dei dipendenti pubblici*, itaedizioni, Torino, 2003, p. 34.

(1199) F. TRIMARCHI BANFI, *L'ingiustizia...*, cit., p. 638.

(1200) En parecido sentido, *ibidem*, p. 641.

cunstances de orden fáctico. Estas peculiaridades (referibles, insisto, al objeto de la aplicación de la teoría de la causalidad, pero no a la teoría en sí) no pueden justificar el alumbramiento de un criterio jurídico especial que obligue a desconocer la exigencia, derivada de la teoría general de la causalidad y las reglas de la sana crítica, de que se averigüe si el agente ocasionó el menoscabo a través de la reconstrucción ideal de los acontecimientos.

Además, mediante el juicio probabilístico no está tramitándose *materialmente* un procedimiento ni ejercitándose verdaderamente un poder de la Administración. Como en cualquier otro supuesto en el que un hecho ilícito ha podido truncar una posibilidad de ganancia, se está tratando de resolver, simplemente, un problema de certidumbre dañosa y de nexo causal(1201). Es verdad que, en presencia de elementos discrecionales, el juzgador que ejecuta el juicio pronóstico de causalidad no puede subrogarse en la posición que ocupaba la Administración para, desde ella, llevar a cabo una valoración de oportunidad. En ausencia de datos y elementos que indiquen cómo pudo ejercerse la discrecionalidad, el juez no puede inventarse la solución del procedimiento optando por la que, según él, fuera la más oportuna y conveniente. Sin embargo, esta limitación nada que ver tiene con el principio de separación de poderes(1202). Los (mejores o peores) criterios de conveniencia u oportunidad que pudiera manejar el juzgador son irrelevantes porque carecen de validez epistemológica, no porque su utilización amenace ámbitos reservados de poder. Tales criterios no pueden utilizarse, pero no porque contradigan las exigencias del principio de separación de poderes, sino por su incompatibilidad con las reglas de la sana crítica que obligan a asegurar que en el proceso se tengan por ciertos los hechos dotados del suficiente grado de correspondencia con la verdad. Si de lo que se

(1201) En este sentido, dice DUNI (*Lo Stato...*, cit., p. 481) que no se trata de consentir efectivamente la actividad condicionada a la aprobación de la autorización o la concesión, sino de establecer el parámetro para la determinación y valoración del daño. En esta línea, F. LEDDA (*Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, Dir. proc., 1983/4, pp. 401-408), quien señala que la investigación judicial en torno al sentido de un procedimiento hipotético no constituye un control en sentido estricto de los actos jurídicos de la Administración. Es una actividad de valoración o apreciación de hechos relevantes a otros efectos, que son los de la concurrencia de los requisitos a que está subordinado el surgimiento de la responsabilidad civil. Apunta, además, que, bien entendido, las elecciones de particular son también incontrolables en cuanto expresión de su au-

tonomía y libertad, pero en ellas ha de centrarse el juez si de eso depende la solución de la controversia.

(1202) En cambio, el Consejo de Estado italiano parece entenderlo así en su sentencia de 31 de marzo de 2006. Según dice, cuando las valoraciones administrativas están limitadas por parámetros precisos y vinculantes, el juez puede *sustituirse* en la posición de la Administración y determinar de manera virtual y en clave resarcitoria el grado de probabilidad de que la resolución administrativa hubiera sido la auspiciada por el recurrente. En cambio, dice el *Consiglio di Stato*, cuando la Administración dispone de amplios márgenes de valoración, esa labor es más problemática por cuanto podría producirse una inadmisble subrogación de la autoridad judicial en los poderes propios de la Administración.

trata es de averiguar cómo habría actuado una determinada Administración, en nada ayudan las preferencias del juzgador, pues con ellas no puede saberse si el hecho ilícito fue condición necesaria del daño padecido. Consecuentemente, el resultado de las valoraciones subjetivas administrativas no realizadas (y que son tales porque, en el estado en que se encontraba el procedimiento cuando se produjo la irregularidad, la Administración podía elegir entre varias opciones, sin que ninguna circunstancia la obligara a orientar el ejercicio de la potestad en un determinado sentido) constituye, simplemente, un elemento ignoto⁽¹²⁰³⁾, una incertidumbre que hay que ponderar para calibrar las posibilidades de éxito del interesado. Precisamente porque en estos casos puede subsistir un margen inesquivable de incertidumbre puede entrar en juego la figura de la pérdida de *chance*, si los datos disponibles acreditan que la oportunidad, aunque insalvablemente insegura, era real, seria y fundada.

2.2. *El cálculo de probabilidades y la teoría de la resarcibilidad privativa del derecho subjetivo*

Hay un planteamiento que renuncia al juicio pronóstico o cálculo de probabilidad y, consecuentemente, al examen con el que se determina si hubo nexo de causalidad entre la inobtención del acto favorable y la irregularidad administrativa. Conforme este esquema, procede averiguar, no tanto si hubo nexo causal, sino más bien si el administrado era titular de un derecho subjetivo al acto favorable. Si es así, se le reconoce el crédito resarcitorio, pero, si disponía de una mera expectativa, no procede resarcimiento alguno.

Es la postura tradicional del Derecho italiano que, antes de la importante Sentencia 500/1999, negaba la posibilidad del resarcimiento en todos los casos en que la obtención de una resolución administrativa favorable dependía del ejercicio de un poder discrecional. La Administración que denegaba ilegalmente una utilidad, si tenía reconocido un margen de valoración o apreciación, no incurría en responsabilidad porque, según la doctrina de la irresarcibilidad del interés legítimo, sólo cabía reparar la lesión del derecho subjetivo⁽¹²⁰⁴⁾. En España, similares posturas son a veces defendidas hoy por parte de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, el Consejo de Estado y parte de la doctrina⁽¹²⁰⁵⁾. Está muy extendida la opinión de que la tutela resarcitoria nunca entra en juego cuando la posición jurídica del interesado no es configurable en términos de derecho subjetivo. Así, el profesor BOQUERA ha sostenido que la ilegítima adjudicación de un contrato no genera ningún género de responsabilidad patrimonial porque el licitador perjudicado no es titular

(1203) G. DUNI, *Lo Stato...*, cit., p. 482.

(1204) Me he ocupado ampliamente de esta cuestión en *Dal dogma...*, cit., pp. 393-447. A esta cuestión se ha hecho referencia aquí en Cap. III, ap. I.2.

(1205) Me he referido a algunos de estos pronunciamientos y decisiones en Cap. III, aps. II.1 y III. Otros ejemplos se analizan en el Capítulo siguiente (aps. II.3.2, II.5.3 y II. 5.4).

de un derecho subjetivo a la obtención del contrato(1206); y, en la actualidad, autores como MARTÍN REBOLLO(1207), DE AHUMADA(1208) y MIR PUIGPELAT(1209) han visto en la teoría de la resarcibilidad privativa del derecho subjetivo (o, en cualquier caso, de intereses específicamente protegidos) el necesario contrapeso con que corregir el desmesurado alcance de una responsabilidad patrimonial, que es captada como puramente objetiva. En este sentido, es particularmente expresiva la línea que ha trazado el profesor FONT I LLOVET(1210). Movido por la finalidad de corregir el «monolítico» carácter objetivo de la responsabilidad administrativa, propone la introducción de «modulaciones» en el sistema, una de las cuales consiste, precisamente, en considerar que daño resarcible es sólo aquel que incide en derechos subjetivos. Desde su punto de vista, cuando un acto administrativo no rompe el *status quo ante*, sino que,

(1206) *La selección de contratistas*, Inst. Ests. Políts., Madrid, 1963, pp. 214-220. El autor expuso este planteamiento al comentar la STS de 3 de diciembre de 1959. El TS anuló el acto de adjudicación de un contrato y declaró el derecho del recurrente a obtenerlo, pero como éste ya estaba consumado, condenó a la Administración a abonar una cantidad por los beneficios dejados de percibir. Pues bien, para BOQUERA, el Tribunal debió limitarse a declarar el vicio determinante de anulación y no conceder una indemnización, pues en este caso, como en todos los supuestos de ilegítima adjudicación de un contrato, el simple licitador no podía demostrar la titularidad de un derecho subjetivo lesionado.

(1207) Señala, en efecto, que «se pueden abordar algunos de los problemas que tanto desde el plano ideológico como técnico y metodológico plantea hoy el instituto de la responsabilidad pública» a partir de la cláusula constitucional del Estado Social, de la que, a su juicio, tal instituto es una derivación. Para él, tal cláusula es de garantías, pero también de límites; y éstos condicionan el sistema resarcitorio de las Administraciones Públicas. Así enfocada la cuestión, «cabría encuadrar la lesión desde la perspectiva expropiatoria de un derecho previamente integrado en el patrimonio del dañado (...). En suma, para hablar de lesión en el sentido de la LEF habría que hablar antes de derecho o interés previamente existente, identificado e integrado en el patrimonio jurídico de la víctima ¿Qué derecho y qué interés? Cualquiera, dice la Ley. Pero quizá, en primer lugar, un derecho implícito en la Constitución: el derecho al buen funcionamiento de una

Administración cuya función es servir (art. 103 CE)» (Ayer..., cit., pp. 361-363).

(1208) Este autor entiende que «la desmesurada extensión del instituto resarcitorio a que nos conduce la aplicación literal de la tesis defendida por la doctrina mayoritaria» exige «una mayor definición en el concepto de lesión indemnizable». Desde su punto de vista, se recupera así la voluntad histórica del legislador y se defiende, con esta base, un «concepto de lesión en sentido estricto», en el que encaja únicamente «la privación de verdaderos derechos o bienes jurídicamente protegidos» (*La Responsabilidad...*, cit., pp. 30-31). El profesor DE AHUMADA ha vuelto a defender la irresarcibilidad del interés legítimo en un reciente trabajo: *Requisitos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: el daño, el título de imputación, la relación de causalidad*, Bol. I. Col. Abogs. Madrid, 3ª época, AAVV, *La responsabilidad patrimonial del Estado (I)*, núm. 24, 2003, pp. 63-151.

(1209) Dice este autor, «en relación con los actos administrativos anulados que dejan de crear situaciones favorables», que «quizá sí sea conveniente distinguir entre potestades regladas y discrecionales, entre —sobre todo— licencias regladas y licencias discrecionales, y separar los casos en los que el particular ostenta un verdadero derecho de aquellos otros en que únicamente le asiste una simple expectativa» (*La responsabilidad... nuevo sistema*, cit., p. 321). El autor ha vuelto a exponer esta doctrina en *Derecho a indemnización por la denegación ilegal del permiso de trabajo. Comentario a la STS, 3ª, 7.7.2003*, InDret., 1/2004, 8 pp.

(1210) Prólogo a O. MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad... causalidad*, cit., pp. 19-24.

sencillamente, deja de crear una situación jurídica cuya constitución dependía de una apreciación subjetiva de la Administración, «no puede hablarse de denegación de un derecho preexistente», sino de «una situación neutra consistente en asumir las consecuencias económicas, para bien y para mal, de la valoración administrativa».

Lo que determina el surgimiento del crédito resarcitorio en estos planteamientos, más que un juicio de causalidad encaminado a averiguar si, en ausencia de la irregularidad, el daño se habría producido, es la índole de la posición jurídica que ostenta el administrado respecto de la utilidad inobtenida. El juicio de causalidad no se realiza estrictamente y, en su lugar, se ejecuta otro examen destinado a concretar la naturaleza de la situación administrativa. Ciertamente, si la ley atribuye a la Administración un margen de discrecionalidad, no puede decirse, en principio, que el interesado tenga un derecho subjetivo a obtener la resolución favorable, pero, a mi modo de ver, tal circunstancia no mitiga la exigencia de realizar el juicio de causalidad. Tal juicio habrá de determinar muchas veces que la Administración no incurra en responsabilidad. Ahora bien, si se concluye que el administrado no tiene que obtener compensación alguna, es, no porque fuera titular de una mera expectativa, sino porque son escasas e insuficientes las probabilidades de que hubiera obtenido la resolución favorable en un procedimiento administrativo correctamente tramitado. Puede suceder, en cambio, que tales probabilidades alcancen el umbral de certidumbre que impone el Derecho español (80%). En este caso, el interesado ha de obtener una reparación total, por más que su titularidad no pueda catalogarse como derecho subjetivo. Puede suceder, en fin, que las probabilidades de consecución, sin ser altas, fueran serias y reales. En este supuesto, procedería reconocer una indemnización parcial en concepto de pérdida de oportunidad, según lo razonado en el Capítulo anterior. Así pues, la teoría de la irresarcibilidad de las expectativas no parece consecuente con la exigencia del nexo causal recogida en el artículo 139 LPC. Según veremos a continuación, el juicio que esta teoría introduce en sustitución del de causalidad es el que debe llevarse a cabo para determinar el alcance de otro género de tutela. Me refiero a la tutela restitutoria, reintegradora o de restablecimiento de posiciones jurídicas subjetivas, que se distingue de la protección compensatoria.

III. El juicio de causalidad y el juicio de restitución

1. LAS DIFERENCIAS FUNCIONALES Y ESTRUCTURALES DE LA TUTELA RESARCITORIA Y LA RESTITUTORIA

Como es sabido, el pleno restablecimiento de la situación jurídica del administrado exige en ocasiones un mandato que obligue a la Admi-

nistración a dictar un acto nuevo (1211). Piénsese en la adjudicación a un tercero de un contrato administrativo o en la denegación de licencia de obras. En estos supuestos la anulación de la resolución ilegal no brinda por sí la tutela específica que precisa el recurrente. El pronunciamiento anulatorio ha de ir acompañado, si es jurídica y materialmente posible, de una condena a un *facere* específico dirigida a restituir al administrado su derecho a la obtención de la utilidad o a la satisfacción de la expectativa con que contaba en su consecución a través de un procedimiento sustanciado conforme a Derecho, según los casos. El supuesto de hecho de las normas reguladoras de esta forma de tutela, que puede denominarse tutela restitutoria o reintegradora, exige simplemente que se sea titular de la posición jurídica para la que se solicita la tutela (*v. gr.*, que se tenga derecho a la licencia o el interés legítimo en la adjudicación del contrato) y que ésta haya sido efectivamente lesionada (*v. gr.*, que se haya denegado ilegalmente). En los casos en que la posición jurídica lesionada se identifica con el derecho a la obtención de un bien (*v. gr.*, una licencia de obras) (1212), la reintegración del *status quo ante*

(1211) La admisión de este remedio en la LJ se deduce del artículo 31, a cuyo tenor el demandante «podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de las mismas». También del artículo 71 b), que establece que la sentencia, «si se hubiese pretendido el reconocimiento y el restablecimiento de una situación jurídica individualizada, reconocerá dicha situación jurídica y adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma». El contenido de estos preceptos pone claramente de manifiesto la función normativa de este remedio: el restablecimiento de una posición jurídica lesionada. Tal función, unida a la indiscutida concepción subjetiva de nuestro proceso jurisdiccional (É. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Contencioso-administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del siglo XX. Una visión histórica y comparatista*, en *Problemas del Derecho Público al comienzo de siglo. Conferencias en Argentina*, pról. A. Gordillo, Civitas, Madrid, 2001, pp. 65-86) exige, en mi opinión, que a la hora de determinar si el juez debe condenar al libramiento del bien pretendido o limitarse a ordenar la renovación del procedimiento, el punto de partida sea la posición jurídica del recurrente respecto del bien pretendido, pues lo que da lugar a la pretensión es su lesión y es ella lo que ha de restablecerse. Así se hace en el ordenamiento alemán, que, como señala A. HUERGO LORA (*Las pretensiones de condena en*

el contencioso-administrativo, Aranzadi, Elcano, 2000, p. 18), es «el único entre los que pertenecen a la tradición continental, cuyo proceso administrativo no está marcado por el prejuicio de ser un sistema de revisión e impugnación de actos administrativos, sino que se construye alrededor de las pretensiones que plantean los ciudadanos en ejercicio de sus derechos». Además del trabajo de este autor, imprescindible para esta investigación, tratan la tutela restitutoria en el Derecho alemán, S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Civitas/Ministerio de Justicia, Madrid, 1993. Sobre el tema, en relación con el Derecho italiano, D. DE PRETIS, *L'azione e i poteri del giudice*, en AAVV, *La tutela dell'interesse al provvedimento*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2001, pp. 12-18; y L. TARANTINO, *L'azione di condanna del processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 9-61.

(1212) Lo que ocurrirá cuando la potestad administrativa esté reglada en todos sus elementos, pues entonces se puede afirmar que el interesado que cumple los requisitos tasados tiene un derecho a la obtención de la utilidad que pretende. También en los casos en que el ordenamiento no programa todos los aspectos del ejercicio del poder, si las informaciones manifestadas en el expediente u otras circunstancias determinan que sólo haya una forma legal de ejercerlo. En estos casos, puede decirse que la posición jurídica del administrado —que, respecto de la utilidad

rior a la resolución administrativa se materializa con la condena a la Administración al libramiento de ese bien, pues sólo una sentencia que contenga este pronunciamiento puede restaurar el derecho del particular(1213). En los supuestos en que tal posición es de interés legítimo o

pretendida, se contraía inicialmente a una expectativa—, se fortalece, convirtiéndose en un auténtico derecho subjetivo, porque el vacío normativo se ha colmado de otra manera o porque la discrecionalidad se ha agotado. Así lo entiende A. HUERGO LORA, *Las pretensiones...*, cit., p. 321: «Se puede decir que, ante las potestades discrecionales de la Administración, los interesados tienen un derecho a que esa discrecionalidad se ejerza de forma jurídicamente correcta (y pueden acudir a los Tribunales para hacer valer esa pretensión), pero no tienen un derecho a que, de entre todas las opciones incluidas en el margen de discrecionalidad, la Administración se decida por una concreta de ellas. La reducción de la discrecionalidad consiste en la transformación o fortalecimiento de la posición jurídica del particular frente al ejercicio de la discrecionalidad. Su derecho a un ejercicio correcto de la discrecionalidad se transforma en un derecho a un acto administrativo determinado, porque cualquier otra opción sería contraria a derecho». Sobre la doctrina del agotamiento, Cap. IX, ap. II.2.

(1213) Ahora bien, hay determinados casos en los que, aunque la Ley regula agotadoramente el ejercicio de la potestad, el interesado que reúne los requisitos tasados no puede exigir judicialmente la condena a la Administración a dictar el acto favorable. Así lo ha puesto de manifiesto el profesor HUERGO LORA (*ibidem*, p. 306), al referirse a aquellos supuestos en los que la Administración no ha realizado la actividad instructora enderezada a comprobar si concurren tales requisitos o en los que la instrucción realizada es inútil jurídicamente por estar viciada. En estos casos, podrán acordarse pruebas y diligencias para mejor proveer para obtener la información necesaria que arroje cuál era la situación jurídica del administrado y, si ésta era de derecho subjetivo a obtener la ventaja, condenar a la Administración al libramiento (*ibidem*, pp. 306-307). Sin embargo, en asuntos de gran complejidad, en los que esto puede resultar impracticable, parece adecuado admitir que los órganos jurisdiccionales condenen a la Administración a tramitar correctamente el procedimiento y a dictar una nueva resolución que respete

los parámetros que el Tribunal haya podido establecer a partir del material disponible (*idem*). Pero, al margen de este supuesto, cuando la situación jurídica subjetiva lesionada es de derecho subjetivo, la sentencia deberá restaurarla, y esto se consigue a través de un pronunciamiento que condene al libramiento del acto favorable. Precisamente porque del artículo 71.1 b) se deriva que la función de la tutela reintegradora es la restauración del *status quo ante*, los órganos judiciales no pueden conceder directamente la licencia o la ventaja pretendida en lugar de obligar a la Administración a que lo haga. Estos deben restablecer la posición jurídica del interesado y ésta no se identifica en ningún caso con el disfrute de la ventaja en sí sino con el derecho a que la Administración se la atribuya o reconozca. Con independencia de la mayor o menor oportunidad de una reforma que admitiera esta posibilidad, es evidente que una sentencia que tuviera los efectos propios del acto omitido no se limitaría a restituir el orden anterior de las cosas sino que iría más allá, dando al interesado más de lo que tenía antes que mediara la denegación ilegal. El profesor HUERGO (*ibidem*, p. 280) llega a esta misma conclusión y basa su razonamiento en el artículo 32.1 LJ que, al referirse a la inactividad administrativa, señala que «el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones»; en el principio dispositivo (artículo 33.1 LJ), que impide que la sentencia atribuya directamente la ventaja cuando se pretendía sencillamente que lo hiciera la Administración; y en el artículo 108.1 b) LJ, que se refiere a la «condena a la Administración a realizar determinada actividad o a dictar un acto», sin hacer referencia a la posibilidad de la sustitución y que sólo admite que la sentencia tenga la eficacia inherente al acto omitido «en caso de incumplimiento». En este mismo sentido, E. MALARET I GARCÍA, *Los principios del procedimiento administrativo y el responsable del procedimiento*, en AAVV, *Administración Pública y procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, coord. J. Tornos Más, Bosch, Barcelona, 1994, p. 308; y M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad*

expectativa respecto del bien (una concesión de dominio público)(1214), el juez ha de obligar a la Administración a dictar nueva resolución, esta vez acomodándose a la legalidad, pero, sin prejuzgar su contenido(1215). De esta forma se restaura el *status quo ante*, esto es, se devuelve al administrado la esperanza de obtener la utilidad que pretende o, dicho de otro modo, se reintegra la expectativa en la consecución de un bien a través de una acción pública conformada al ordenamiento jurídico, que es lo que tenía antes de que se produjera la ilegalidad removida.

Así las cosas, para concretar el alcance de la condena, los órganos jurisdiccionales deben realizar un juicio que esclarezca, a la luz de la normativa aplicable y a partir del material instructorio, cuál es la posición jurídica del interesado en relación con la ventaja por él pretendida. El resultado de la investigación es determinante, pues, si subsiste un resquicio de discrecionalidad, el administrado tiene una mera expectativa y la tutela se limita a la condena a la Administración a repetir el procedimiento, sin obligarla a atribuir la ventaja deseada. Cuando, en cambio, la investigación arroja que el bien auspiciado corresponde *indefectiblemente* al interesado porque así lo establece el ordenamiento jurídico o porque, habiendo un margen de discrecionalidad, alguna circunstancia ha venido a colmar la ausencia de programación normativa, hay lesión del derecho a obtener el bien en cuestión y los órganos jurisdiccionales deben condenar a la Administración al libramiento. Pues bien, lo que tiene quedar claro es que este juicio (realizado con miras a determinar cuál es la situación jurídica del administrado y el alcance de la condena) no se confunde con el juicio pronóstico (encaminado a la determinación de la existencia del nexo causal y el alcance de la responsabilidad) y sus resultados no son trasladables al plano de la responsabilidad patrimonial. Para analizar las diferencias que separan estos juicios, es preciso, con carácter previo, abordar someramente las que separan las formas de tutela a la que sirven.

administrativa y Constitución, Tecnos, Madrid, 1995, p. 119.

(1214) Lo que ocurre en los supuestos en los que el ordenamiento no atribuye al interesado el derecho a obtener el acto favorable porque lo subordina a la valoración discrecional de la Administración. También cuando ésta ha de aplicar un concepto normativo indeterminado dentro de su zona de incertidumbre cuando la imprecisión de su alcance no permite «calcular» *a priori*, desde la norma, el resultado final del procedimiento, es decir, impide la configuración abstracta de un derecho del administrado al acto favorable y de una obligación de la Administración de adoptarlo. Al respecto, L. TARANTINO, *L'azione...*, cit., pp. 28-61.

(1215) El órgano judicial ordenará en estos casos que se vuelva a tramitar el procedimiento sin imponer a la Administración un resultado concreto. Ahora bien, en la medida en que el contenido de las actuaciones ya tramitadas u otras circunstancias hayan reducido parcialmente el margen de discrecionalidad o la amplitud del círculo de penumbra del concepto jurídico indeterminado, la sentencia deberá imponer a la Administración directrices de actuación (A. HUERGO LORA, *Las pretensiones...*, cit., p. 289). Se trata de las sentencias-marco, denominación proveniente del Derecho alemán (*Bescheidungsurteile*) y propuesta por el profesor HUERGO LORA para el Derecho español.

La tutela resarcitoria presenta importantes diferencias funcionales y estructurales con la proporcionada por la condena a la Administración a adoptar una nueva resolución ajustada al ordenamiento jurídico(1216). La protección indemnizatoria presupone un hecho dañoso y persigue la eliminación de los efectos perjudiciales que de él derivan. Su función es siempre la reparación de un menoscabo (no la reintegración de una situación de poder), su fundamento reside en el principio de responsabilidad y el supuesto de hecho de las normas que la regulan exige que haya un daño injustificado, un título jurídico de imputación y un nexo causal (causa física) jurídicamente relevante (imputación objetiva)(1217). Cuando el hecho dañoso es un acto administrativo ilegal, se aplica el subsistema de la LPC que, de conformidad con el planteamiento general esbozado, vincula el surgimiento del derecho resarcitorio a la constatación de que hay daño, de que el acto que lo produce es contrario a Derecho (título de imputación) y de que, de haberse tramitado limpiamente el procedimiento, el interesado habría dejado de sufrir el menoscabo (nexo causal). Las condenas de emanación, a diferencia de lo que ocurre con el resarcimiento, no están subordinadas a la demostración de que el interesado ha sufrido un daño que habría dejado de padecer, si la Administración hubiera actuado *secundum ius*. Basta acreditar la existencia de una posición de poder y que ésta ha sido vulnerada. El objetivo de esta modalidad tutelar es la restauración de una situación de Derecho, la reintegración del *status quo ante*, el retorno del particular a la posición jurídica que ocupaba antes que mediara la irregularidad. Lo relevante para la tutela restitutoria, como para todos los remedios que articulan la reintegración de posiciones jurídicas subjetivas, es la violación de una norma, mientras para la tutela resarcitoria lo determinante es la producción de un daño y que éste pueda imputarse (objetiva y subjetivamente) a su autor. La primera constituye la reacción jurídica ante la violación de una posición jurídica subjetiva y su propósito es reintegrarla; la segunda encarna la reacción del ordenamiento frente a un daño y su objetivo es repararlo(1218).

(1216) En este sentido, pero refiriéndose al Derecho italiano, A. TRAVI, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, Dir. amm., 2001/1, pp. 7-21; y *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo fra azione di adempimento e azione risarcitoria*, Dir. proc. amm., 2003/1, pp. 222-235.

(1217) Sobre la función, el fundamento y el supuesto de hecho de las normas de responsabilidad civil, también las de las Administraciones Públicas, es imprescindible F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 65-91; *Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, Docum. adm., núms.

237-238, 1994/1-2, pp. 239-253 y *Cómo repensar...*, pp. 439-448, 453-465.

(1218) Tales diferencias subsisten igualmente cuando el resarcimiento es en especie o *in natura*. A la compensación en especie se refiere expresamente el artículo 141.4 LPC, que la configura como una variable compensatoria en la que la Administración, en lugar de afrontar el pago de una cantidad, reconstruye o reemplaza la cosa dañada, destruye el objeto dañoso, etc. El resarcimiento *in natura* es, pues, un remedio resarcitorio sustitutivo de la reparación económica utilizable en los casos en que «resulte más adecuado para lograr la reparación y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado». A diferencia

2. EL JUICIO HIPOTÉTICO Y «PÓSTUMO» (RESARCITORIO) Y EL JUICIO REAL Y «PRO FUTURO» (RESTITUTORIO)

Vistas las diferencias que separan estas formas de tutela, estamos en condiciones de comprender las notas que distinguen los juicios que les sirven de base y que podrían confundirse porque en ambos –para determinar, en un caso si el interesado está asistido de un derecho al acto favorable y, en el otro, si ha sufrido un daño causado por la Administración–, el juez ha de tener en cuenta la regulación aplicable, el material instructorio y cualesquiera otras circunstancias conducentes.

En el caso de la tutela reintegradora, se utilizan esos datos para vislumbrar en qué medida puede anticiparse el resultado del procedimiento futuro, el que va a tramitar la Administración en cumplimiento de la sentencia. Si la información disponible arroja que no queda otra solución que el otorgamiento porque la Administración no dispone de márgenes de discrecionalidad o los que había se agotaron ya, puede afirmarse que el interesado tiene un derecho al acto favorable y, si es jurídica y materialmente posible, la sentencia ha de condenar a la Administración al libramiento. En cambio, si subsiste algún residuo de discrecionalidad que impide adivinar una única solución legal, el interesado tendrá una expectativa a la que el juez brinda tutela ordenando la repetición del procedimiento, sin obligar a la Administración a resolver a favor del recurrente.

En cambio, en el caso de la tutela resarcitoria, el juez ha de emplear toda esa información para tratar de averiguar en el denominado juicio pronóstico cuál habría sido el resultado del procedimiento pasado, aquel en el que intervino la irregularidad, de haberse tramitado limpiamente. Se trata, pues, de un juicio probabilístico que, referido, no a un evento futuro, sino a acontecimientos pasados e hipotéticos, determina si hay nexo de causalidad entre la irregularidad administrativa y la imposibili-

de la tutela restitutoria, que es, como venimos diciendo, un remedio dirigido a la restauración de una posición jurídica subjetiva cuyo presupuesto es el contraste entre una situación de Derecho y otra de hecho, el resarcimiento *in natura* constituye una simple modalidad de pago que, insertada en el sistema de responsabilidad patrimonial, entra en juego cuando, además del daño, del criterio de imputación y del nexo causal, concurren otros requisitos: el consentimiento de la víctima y la conveniencia para ésta y para el interés público. Así pues, una cosa es condenar a la Administración al libramiento de la licencia porque el interesado tiene derecho a obtenerla y la Administración se la ha denegado ilegalmente; y otra obligarla a reparar el bien

estropeado porque la víctima ha sufrido el estropicio, puede imputárselo a la Administración y prefiere esta forma de compensación, declinando recibir una concreta cantidad dineraria. Véase, por ejemplo, la STS de 14 de febrero de 1990 (RJ 1990, 1313), que condenó a la Administración en concepto de responsabilidad civil a la realización de las obras de reparación del edificio que, como consecuencia de unas obras públicas de pavimentación, resultó dañado. Sobre el resarcimiento en especie como forma de pago de la obligación indemnizatoria, en la doctrina administrativista, por ejemplo, L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual...*, cit, p. 596; y en la civilista, R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Tratado de...*, cit., pp. 907-909.

dad de aprovechar la ventaja apetecida(1219). Precisamente porque la investigación se refiere a ese procedimiento y no, a diferencia de lo que ocurre en el caso anterior, al expediente por venir, se insiste en que esta labor constituye un «*giudizio di prognosi postuma*», que es un recurso lingüístico acuñado en Alemania por los teóricos de la causalidad(1220). Si los datos disponibles revelan que el curso normal de los acontecimientos, de no haberse visto corrompido por la infracción administrativa, hubiera derivado en el otorgamiento, se puede afirmar que el interesado habría obtenido el acto favorable, por lo que la sentencia deberá ordenar la reparación de todas las pérdidas que se le hayan ocasionado. Para tener por demostrado que el procedimiento habría desembocado en la adopción del acto favorable y, por lo tanto, para tener por cierto y efectivo el lucro cesante derivado de la denegación, no es preciso concluir que, con toda seguridad, la Administración debió librar a favor del interesado. Como se ha dicho, el juicio de causalidad es siempre un juicio de probabilidad del que es imposible obtener conclusiones absolutas. Por eso, aunque subsista algún margen de incertidumbre, como sucede cuando hay elementos de discrecionalidad que permiten entrever la posibilidad de que la Administración hubiera negado legalmente la ventaja, el juez debe tener por probado que el interesado habría recibido el acto favorable si puede afirmar que era muy probable que el procedimiento desembocara en el otorgamiento.

Así las cosas, a los efectos de la tutela reintegradora, la presencia en el momento presente de algún elemento de discrecionalidad (no agotada) impide en todo caso hablar de un derecho subjetivo al acto favorable y, consecuentemente, impide condenar a la Administración al libramiento, porque, de lo contrario, se daría al administrado más de lo que en realidad tiene, esto es, se brindaría la tutela que corresponde al derecho subjetivo (la condena al libramiento), cuando lo que asiste al interesado es, en realidad, una mera expectativa: Sólo puede decirse que existe un derecho y, consecuentemente, puede condenarse al otorgamiento del acto favorable cuando al administrado le corresponda *indefectiblemente* el bien pretendido porque no hay discrecionalidad o porque la que había está completamente agotada. En cambio, a los efectos de la tutela resarcitoria, la presencia de algún elemento de discrecionalidad no impide necesariamente hablar de nexo causal ni ordenar la reparación del daño porque hay supuestos en los que la contemplación del expediente y, en general, de todas las circunstancias que vengan al caso, permiten confirmar que era bastante probable que el contenido del acto administrativo hubiera sido distinto (en sentido favorable al interesado), si la Administración hubiera actuado *secundum ius*(1221): Basta con que, con

(1219) Vid. F. TRIMARCHI BANFI, *L'ingustizia...*, cit., pp. 633-634.

(1220) R. CARANTA, *Margini...*, cit., p. 298, y *Attività amministrativa...*, cit., p. 111.

(1221) F. TRIMARCHI BANFI, *L'ingiustizia...*, cit., p. 634.

la luz que aporta el material del expediente u otros datos conducentes, se pueda inducir que el curso normal del procedimiento (pasado) habría llevado a la atribución o reconocimiento del bien deseado.

Pues bien, cuando es imposible restablecer la posición jurídica del particular, cabe que éste haya sufrido un daño por pérdida irreversible de oportunidad. El juicio pronóstico que arroja la existencia de este daño no puede ser el juicio «pro futuro» que examina la consistencia de la situación jurídica del particular, pues tal juicio sólo sirve para determinar el alcance de la condena a hacer (a la emanación de un determinado acto o a la repetición del procedimiento). De lo que se trata es, como venimos diciendo, de reconstruir idealmente el expediente que ha dado lugar a la reclamación, como si la irregularidad administrativa no hubiera acontecido y, de esta manera, determinar si el interesado albergaba una oportunidad de obtener la resolución favorable seria y fundada, pero inevitablemente insegura. Cuando esto ocurra, habría de indemnizarse parcialmente el daño ocasionado en concepto de pérdida de *chance* porque, reconstruido idealmente el procedimiento, se concluye que existía un margen considerable de probabilidades de éxito. Queda claro, por tanto, que, con esto, se está reparando (parcialmente) un daño ya acaecido, pero no está reintegrándose una expectativa (actual) del interesado. Por eso, el juez no puede desestimar la pretensión resarcitoria sobre la base de que las expectativas son posiciones jurídicas irresarcibles. Sólo podrá hacerlo si, después de reconstruir virtualmente el procedimiento, concluye que las posibilidades del interesado eran nulas o despreciables, porque entonces no habrá quedado acreditada la certeza del nexo causal ni resulta aplicable la doctrina de la pérdida de *chance*.

Lo cierto es que dentro de la responsabilidad civil el concepto «expectativa» tiene su virtualidad. Quien tiene la «expectativa» de conseguir una ventaja puede realizar inversiones o gastos, estancar capitales o descartar otras alternativas lucrativas para preparar la situación ventajosa anhelada. Tal «expectativa» cobra relevancia dentro del Derecho de daños cuando es generada ilegítimamente por la actuación de un sujeto que la defrauda después en ejercicio de un derecho o en cumplimiento de un deber. Así, en el marco de los tratos preliminares, cuando una de las partes hace creer a la otra que acabará cerrando el contrato y abandona después las negociaciones en ejercicio de su derecho a no contratar (principio de autonomía de la voluntad). También, en el ámbito de la actividad administrativa formal, cuando la Administración hace creer al interesado que adoptará la resolución favorable (p. ej., mediante una consulta urbanística o tributaria errónea) y deniega *legalmente* la utilidad por imperativo de la legislación aplicable (principio de legalidad). En estos casos, la defraudación de expectativas perpetrada en ejercicio de una libertad (contractual) o en cumplimiento de un deber (legal) puede traducirse, por imperativo del principio general de la buena fe o confianza legítima (art. 7 CC; art. 3.1 LPC), en la obligación de reparar, no la pérdida de la ganancia esperada (el denominado interés positivo: *positives Interesse*), sino los daños ligados a los actos de disposición realizados o dejados de realizar por el sujeto frustrado en la

creencia de que accedería a la ventaja que le fue denegada: el denominado «interés negativo» (*negatives Interesse*) o interés de confianza (*Vertrauensinteresse*)(1222).

Pues bien, lo que se resarce es, no la expectativa, sino los daños concretos que habrían dejado de padecerse si se hubiera sabido desde el principio que no iba a firmarse el contrato o recibirse el acto administrativo favorable(1223). La expectativa tiene relevancia, pero no porque sea un daño indemnizable en estos casos, sino porque constituye el estado psicológico propiciado por el sujeto desleal que condiciona negativamente las operaciones económicas de la víctima. Por eso el objeto de la indemnización no son las expectativas, sino las pérdidas derivadas de esas operaciones. Creo que es importante retener esta última idea porque cuando se dice que una expectativa es irresarcible lo que a menudo quiere señalarse es, en realidad, que no hay una expectativa ilegítimamente generada que permita aplicar el principio de buena fe o confianza legítima para obligar a la reparación de la lesión del «interés negativo» (los desembolsos realizados y las ganancias que habría deparado una actividad distinta).

Por lo demás, es importante retener que las dudas planteadas en un juicio resarcitorio pueden resolverse a favor de la víctima, cosa que no ocurre cuando de lo que se trata es de determinar el alcance de las condenas de emanación. Representado el curso normal de los acontecimientos, el juez puede vacilar en cuanto a la concreta consistencia de las posibilidades del interesado porque se encuentren en terrenos fronterizos, es decir, entre la mera ilusión (oportunidad genérica) o la *chance* en sentido técnico (oportunidad específica); o entre ésta y la pérdida de la ventaja final (oportunidad superespecífica). Para estos casos, el instituto de la responsabilidad civil, marcado por su función compensatoria, establece un principio tendencial (exactamente al contrario que el *pro reo*, que opera en la responsabilidad penal) en virtud del cual la solución seleccionable puede ser la que favorezca al perjudicado y no la que beneficie al agente dañoso: el principio *pro damnato* o *pro victima*(1224).

(1222) Sobre esta cuestión, L. MEDINA ALCOZ, *Confianza...*, cit., pp. 275-326; recensión a E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho español*, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2005, REDA, núm. 130, abr.-jun. 2006, pp. 393-404.

(1223) Es la idea que se ha apuntado ya, al descartar la utilización del término «pérdida de expectativas» como sinónimo de «pérdida de oportunidad» (Cap. I, ap. I.1, nota).

(1224) *Vide* Cap. IV, ap. III.3.3.

LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

I. El cálculo de probabilidades y la potestad reglada

1. LA IMPOSIBILIDAD DE UNA ESTRICTA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD DE RESOLUCIÓN FAVORABLE

Por lo general, cuando el ordenamiento jurídico disciplina de forma completa y precisa todos los aspectos del ejercicio de la potestad administrativa resulta sencillo determinar si hubo conexión causal o, dicho de otro modo, imaginar cuál habría sido el curso de los acontecimientos de no haber mediado la irregularidad. Si la actividad administrativa estaba enteramente reglada, el juicio pronóstico acerca de las posibilidades con que contaba el interesado se traduce en un examen que, comparando la pretensión de éste con la regulación vigente durante la tramitación del procedimiento, ofrece resultados concluyentes⁽¹²²⁵⁾. En estos casos, el lazo causal se aprecia *per tabulas*, estudiando la disciplina aplicable: la existencia de conexión etiológica entre la infracción administrativa y la inobtención del acto favorable depende del resultado que habría tenido un procedimiento conformado a los cánones que impone la legalidad⁽¹²²⁶⁾.

El juez ha de verificar si el administrado cumplía con todos los requisitos normativos y si es así, concluirá que un procedimiento administra-

(1225) En este sentido, dice R. CARANTA (*Margini...*, cit., p. 111), que, en caso de actividad reglada, el juicio pronóstico implica simplemente aplicar al supuesto la normativa relevante con el fin de averiguar si la Ley garantizaba al ciudadano el bien de la vida al que aspiraba. Por eso concluye que la afirmación de la responsabilidad de la Administración pública no presenta en esta hipótesis dificultades particulares. En este orden de ideas, el *Consiglio di Stato* considera que el resultado del juicio causal retrospectivo cambia en estos casos en función de que la consecución de la ventaja auspiciada dependiera de una actividad reglada, técnico-discrecional o discrecional pura. En el primer caso, cabe que el juez se subrogue en la posición de la Adminis-

tración y determine el resultado de un procedimiento hipotético, como si no hubiera intervenido la ilegalidad administrativa (sentencia, Secc. VI, de 31 de marzo de 2006). A mi modo de ver, este planteamiento es acertado, pero no la idea de que, de este modo, se realiza una sustitución admisible de poderes propios de la Administración. Vid. Cap. VIII, ap. II.2.1; y, en este Cap., ap. II.5.2.3.

(1226) F. CARINGELLA, *La prova del danno. Profili processuali*, en AAVV, *Il sistema della giustizia amministrativa. Dopo il decreto legislativo n. 80/98 e la sentenza delle sezioni unite della Corte di Cassazione n. 500/99 (Atti dell'incontro di Studio svoltosi a Roma-Palazzo Spada, 18 novembre 1999)*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 209.

tivo acomodado a Derecho habría proporcionado con seguridad el producto ventajoso pretendido. Con la misma certeza podrá decirse que el interesado no habría recibido la resolución favorable, si faltaba alguno de los presupuestos o condiciones que presuponían el libramiento. En este caso no habrá ligazón causal ni responsabilidad porque puede concluirse que la Administración, aunque hubiera observado la regla efectivamente incumplida, no habría adoptado un acto de contenido diverso. En estos supuestos, hay una probabilidad de causalidad que es muy alta o muy baja. Por eso, hay que reconocer una indemnización total, en el primer caso, o liberar de responsabilidad a la Administración, en el segundo. La pérdida de la posibilidad de ventaja es irreal (porque había una nula probabilidad de consecución) o efectiva (porque había amplias probabilidades de que la Administración produjera el daño). En ningún caso procede aplicar la doctrina de la *chance*, que requiere grados intermedios de probabilidad, situados entre la meramente ilusoria y la neta o perfecta. No cabe entonces hablar de una *chance* en sentido estricto (oportunidad real, pero insalvablemente insegura), pues el ordenamiento, al proporcionar los elementos con que realizar un pronóstico seguro, elimina el *alea* que presupone la utilización de la figura(1227).

Es preciso advertir que en estos supuestos de actividad administrativa enteramente programada puede haber elementos de incertidumbre que impidan asegurar el resultado del procedimiento ideal que se reconstruye como si no hubiera mediado ilegalidad alguna. La Ley puede establecer con toda claridad que, dados determinados hechos, procede librar una licencia o una autorización, pero determinar cómo la Administración habría valorado si tales hechos se daban o no en el caso constituye una actividad de ponderación racional no siempre sencilla: la apreciación que se hubiera realizado de haberse actuado conforme a Derecho habría estado condicionada por la subjetividad de la Autoridad competente, lo que, a la hora de concretar si concurre el nexo causal, puede introducir algún elemento de incertidumbre. Por eso, la tarea de investigar si el interesado reunía las condiciones que habría debido tomar en consideración la Administración puede arrojar dudas que bien pueden determinar que el juzgador no pueda asegurar que aquél habría obtenido o dejado de obtener el acto favorable. Puede haber también factores de incertidumbre que impidan un juicio causal concluyente cuando la normativa reguladora del ejercicio de la potestad admita varias interpretaciones. No obstante, lo habitual será que el margen de incertidumbre que por estas razones puede producirse se venza fácilmente a través del criterio de normalidad (*id quod plerumque accidit*), pudiéndose afirmar que el nexo causal es suficientemente probable o suficientemente improbable y, por tanto, que el interesado habría accedido a la ventaja apetecida o que habría obtenido una resolución denegatoria(1228).

(1227) En este sentido, L. CARROZZA/F. FRACCHIA, *Articolo 35...*, cit., p. 202, F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica...*, cit., p. 74.

(1228) Recuérdese cuanto se ha dicho sobre este la regla de la «probabilidad sufi-

ciente» y los estándares de probabilidad del Derecho de daños, tanto angloamericano (*more probable than not*) como europeo continental (*id quod plerumque accidit*) en Cap. IV, ap. III.3.

Las precedentes consideraciones valen también, en principio, para los casos en que la regulación de la potestad, aunque completa, no es del todo precisa porque contiene conceptos jurídicos indeterminados. Me refiero a la hipótesis de que la norma toma en consideración una esfera de la realidad sin definir nítidamente sus contornos porque emplea términos vagos, como «utilidad pública» o «cualidades físicas y psíquicas adecuadas» (1229). Pese a la vaguedad inicial de estos conceptos, puede a veces saberse cuál es el sentido que la Administración les habría adjudicado, si hubiera ejercitado correctamente la potestad. Los conceptos jurídicos indeterminados tienen los denominados «círculo de certeza positiva» y «círculo de certeza negativa», para cuya aplicación la Administración carece de margen alguno de elección porque la solución a adoptar es sólo una, detectable a la luz de las reglas de las ciencias y de la experiencia (1230). Si el interesado no ha obtenido una resolución favorable y la Administración cometió una irregularidad, para averiguar si tales circunstancias están enlazadas causalmente en un juicio de responsabilidad patrimonial, cabe figurarse cómo se habría aplicado el concepto jurídico indeterminado, si el caso puede reconducirse a alguno de sus círculos de certidumbre. Si el interesado reunía los requisitos tasados y el supuesto se integraba en el círculo de certeza positiva, puede concluirse con suficiente seguridad que el curso de los acontecimientos habría dado lugar a la adopción de la resolución favorable. Si, en cambio,

(1229) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, t. I, cit., p. 459.

(1230) Así, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1979, pp. 31-42 y *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 126-134; F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976, pp. 267 ss. En Italia, donde desde hace tiempo la doctrina se ha ocupado con especial ahínco del problema de la discrecionalidad técnica, se han asumido idénticos parámetros explicativos. Para Massimo Severo GIANNINI (*Diritto amministrativo*, vol. I, cit., pp. 486-490), la mal llamada discrecionalidad técnica constituye un supuesto específico de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, caracterizado por requerir el empleo de criterios técnicos, pero no por la subsistencia de un margen de valoración subjetiva enderezado a permitir que la Administración elija la solución más oportuna: una sustancia es tóxica o no; puede darse que sea más o menos tóxica; pero no que sea más o menos oportuno considerarla tóxica. El juicio

en torno a la toxicidad puede exigir determinados conocimientos farmacológicos, requerir un análisis experto, pero esto sólo significa que ese análisis corresponde a un «especialista de la Ciencia aplicada». El profesor Franco LEDDA (*Potere, tecnica...*, cit., pp. 371-445) ha profundizado en esta línea de pensamiento y considera también que la aplicación de conceptos técnicos es una actividad reglada en la que no cabe valoración discrecional alguna. Una síntesis de la dogmática de la discrecionalidad técnica, que da cuenta de otras tesis que, como la del propio GIANNINI en su trabajo de juventud (*Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Giuffrè, Milano, 1939, p. 163), la reconducen total o parcialmente al ámbito de la discrecionalidad pura, en F. G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, Riv. trim. Dir. pubbl., núm. 139, 2000, pp. 1045-1072; F. SALVIA, *Attività amministrativa e Discrezionalità tecnica*, Dir. proc. amm., 1992/4, pp. 685-712; y E. DESDENTADO DAROCA, *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, Civitas, Madrid, pp. 28-61.

faltaba alguna de las condiciones legales porque el supuesto se insertaba en el halo negativo, pudiendo afirmarse con un alto grado de certidumbre que, a la luz de las reglas de la ciencia y de la experiencia, no se satisfacía el requisito indeterminado, habrá que considerar que el administrado perdió una simple ilusión que no le da derecho a indemnización en concepto de *chance* frustrada ni, naturalmente, de lucro cesante.

2. LA OPORTUNIDAD PERFECTA O LA PÉRDIDA DE LA VENTAJA FINAL: SUPUESTOS DE NEXO CAUSAL ACREDITADO POR AUSENCIA DE DISCRECIONALIDAD

2.1. *Los procedimientos de contratación por subasta. Los criterios (presuntivos) de valoración del beneficio contractual inobtenido*

La jurisprudencia española no suele explicitar el contenido de estos juicios pronósticos dotados de grandes dosis de certeza, pero los utiliza inequívocamente para indemnizar los daños derivados de la inobtención de una resolución favorable de carácter reglado. Así, en los asuntos relacionados con procedimientos de contratación en los que la modalidad de adjudicación es la subasta. En éstos, la propuesta de adjudicación que ha de elevar la Mesa es prácticamente automática, pues «*versará sobre un tipo expresado en dinero, con adjudicación al licitador que, sin exceder de aquél, oferte el precio más bajo*» (art. 74.2 TRLCAP). Por eso, en los casos en los que la Administración resolvió ilegalmente —porque, por ejemplo adjudicó el contrato a un postor que no estaba adecuadamente clasificado—, se da por sentado que el procedimiento, de haberse tramitado *secundum ius*, habría finalizado con el otorgamiento al licitador que ofreció el segundo mejor precio(1231). Si el contrato erróneamente adjudicado no ha sido ejecutado, se condena a la Administración al libramiento de la resolución favorable y se reconoce el derecho del interesado al resarcimiento de los daños producidos *medio tempore*, desde la fecha en que se resolvió ilegalmente al procedimiento hasta la de la definitiva adjudicación en cumplimiento de la sentencia condenatoria(1232). Cuando,

(1231) En realidad, pueden subsistir un elemento de incertidumbre, pues el órgano de contratación puede apartarse de la propuesta cuando estime, fundadamente, que la proposición no pueda ser cumplida como consecuencia de bajas desproporcionadas o temerarias (art. 83^o TRLCAP). Se trata, no obstante, de un elemento que puede vencerse mediante la pauta *id quod plerumque accidit*. Sobre esta concreta cuestión me ocupo con mayor detenimiento después, al tratar la discrecionalidad y la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados en su halo de incertidumbre (en este Cap., ap. II.2).

(1232) La sentencia TAR Toscana, Secc. 2^a, de 6 de junio 2001, núm. 716 (*Danno resp.*, 2001/10, pp. 1003-1005) ofrece un buen ejemplo en este sentido. El

TAR había anulado la adjudicación por parte del Ayuntamiento de Castiglione della Pescaia de un contrato de servicios de limpieza urbana por un período de cinco años. La Administración, conformándose a este pronunciamiento jurisdiccional, concedió el contrato a la empresa situada en segunda lugar cuando faltaba sólo un año para la expiración del plazo de validez de éste. Demandada la Administración municipal, el TAR ordena la reparación del lucro inobtenido desde la fecha en que se resolvió inicial e incorrectamente el procedimiento hasta aquella en la que el recurrente obtuvo la concesión, pues, según dice, la indemnización ha de referirse al perjuicio económico derivado del retraso en la consecución del contrato.

como ocurre con frecuencia, el contrato ya se consumó, el recurrente sufre mayores perjuicios, dentro de los cuales, el más relevante es el lucro cesante, es decir, la pérdida del beneficio neto que le habría proporcionado la ejecución del contrato. Este último supuesto ocupó al Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de enero de 1995 (RJ 1995, 546), que confirma la de la Audiencia Nacional de 5 de abril de 1989 que, anulatoria de la resolución del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo en un expediente de adjudicación de obras, reconoció el derecho a indemnización de la empresa impugnante.

La empresa había presentado proposición para participar en la subasta de las obras del encauzamiento de un río; y el aval correspondiente a la fianza provisional. La Mesa de Contratación apreció que el aval no había sido legitimado notarialmente, razón por la que rechazó la proposición sin atender a la petición de aquella entidad para subsanar el defecto. La Administración adjudicó definitivamente la subasta a otra sociedad, que había presentado una oferta menos ventajosa que la del perjudicado. El Tribunal Supremo, siguiendo el criterio de la Audiencia, consideró que el defecto detectado debió ser objeto de subsanación porque el acto de calificación de documentos «*no es para que, ante cualquier observación, se rechace, sin más, a un determinado licitador*», sino para excluir las proposiciones de los empresarios que no cumplan los requisitos esenciales previstos en el pliego de cláusulas administrativas. En la medida en que el recurrente había presentado la mejor oferta, el Alto Tribunal confirmó también la solución indemnizatoria de la Audiencia.

Éste es un buen ejemplo para comprobar cómo no se precisa la seguridad absoluta de que, sin el hecho ilícito, la víctima habría obtenido unas determinadas ganancias para proceder a indemnizar el lucro cesante. Subsisten aquí elementos de aleatoriedad que, no obstante, deben despreciarse por su escasa entidad: 1) la eventualidad de que la Administración dejara desierto ese concurso hipotético, que es una posibilidad que debe descartarse salvo que concurran pruebas concluyentes que demuestren su entereza⁽¹²³³⁾; y 2) la eventualidad de que el interesado no hubiera procedido a subsanar el defecto, que es, por razones evidentes, una posibilidad que, *normalmente*, no se habría verificado.

Por otra parte, en lo que concierne al problema de la valoración de las ganancias inobtenidas, la sentencia comentada no explicita el criterio cuantificador aplicado en apelación, pero en estos casos suele partirse, a mi juicio con acierto, de que la indemnización no puede equipararse al precio de la licitación; ha de venir referida al perjuicio neto, equivalente al frustrado beneficio profesional o industrial del recurrente⁽¹²³⁴⁾. Aunque la existencia del perjuicio es en estos casos inequí-

(1233) A esta cuestión me he referido ya (en este Cap., ap. I.2.1 nota) y volveré sobre ella después (ap. II.2).

(1234) Así, por ejemplo, en la STS de 22 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 7241).

voca, averiguar su concreto alcance y cuantificarlo puede ser difícil: puede solucionarse fácilmente la cuestión del *an*, pues hay un daño cierto; pero es más compleja la cuestión del *quantum*, pues no es fácil averiguar cuál es su entidad. Por eso el Tribunal Supremo ha establecido en asuntos similares un criterio presuntivo que identifica el lucro cesante (el beneficio industrial) con el 6% del importe del contrato previsto(1235). El porcentaje se obtiene aplicando por analogía la norma que valora las ganancias dejadas de percibir como consecuencia del desistimiento o suspensión de las obras ya iniciadas por plazo superior a ocho meses. Tal norma se localiza hoy en los artículos 151 del TRLCAP(1236) y 171. 1 del Reglamento de Contratos, aprobado por RD 1098/2001, de 18 de octubre(1237). Es claro que la *ratio* de estos preceptos no es limitar la indemnización, sino superar las dificultades probatorias que plantean estos daños, por lo que, sin lugar a dudas, cabe la demostración de que el lucro inobtenido era de mayor cuantía(1238). En cualquier caso, la cifra del 6%, vista a la luz de la jurisprudencia comunitaria y de la experiencia italiana, resulta algo raquítica: El Tribunal de Justicia de las Comunidades viene utilizando, en supuestos de resolución unilateral de contratos, la del 10%(1239), al igual que la jurisprudencia cisalpina, que la aplica corrientemente en supuestos de responsabilidad con ocasión de la tramitación de procedimientos de contratación(1240).

(1235) STS de 9 de octubre de 1990 (RJ 1990, 7900).

(1236) El artículo dispone: «En caso de suspensión de la iniciación de las obras iniciadas por plazo superior a ocho meses, el contratista tendrá derecho al 6 por 100 del precio de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial, entendiéndose por obras dejadas de realizar las que resulten de la diferencia entre las reflejadas en el contrato primitivo y sus modificaciones y las que hasta la fecha de notificación de la suspensión se hubieran ejecutado».

(1237) Señala esta norma que: «La suspensión definitiva o por plazo superior a ocho meses de las obras iniciadas, acordada por la Administración e imputable a ésta, dará derecho al contratista al valor de las efectivamente realizadas y al 6 por 100 del precio de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial. Se considerará obra efectivamente realizada a tales efectos no sólo la que pueda ser objeto de certificación por unidades de obras terminadas, sino también las accesorias llevadas a cabo por el contratista y cuyo importe forma parte del coste indirecto a que se refiere el artículo 130 de este Reglamento, así como también los acopios situados a pie de obra. A los efectos de la aplicación del 6 por 100 de las obras dejadas realizadas en concepto de beneficio industrial se tomará como precio del contrato el presupuesto de ejecución

material con deducción de la baja de licitación en su caso».

(1238) Esto cuando se aplica tanto a los supuestos de suspensión, como a los de responsabilidad. Así lo entiende, para los primeros, entre otros, M. GARCÍA DE LA CALZADA, Comentario a los artículos 149-151, en AAVV, *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, coord. E. Jiménez Aparicio, Aranzadi, Madrid, 2002, p. 1351.

(1239) Así, por ejemplo, en la sentencia de 1 de junio de 1995, 42/94, Heidemij Advies BV c. Parlamento Europeo.

(1240) Propuesto por G. RACCA (*La quantificazione...*, cit., pp. 160-163; *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra autonomia e corretteas*, Jovene, Napoli, 2000, pp. 372-441); *Gli elementi della responsabilità...*, cit., pp. 215-225) partiendo del artículo 345 de la Ley 1865/2248, de 20 de marzo, sobre obras públicas («é facoltativo all'Amministrazione il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantieri, oltre al decimo dell'importo delle opere non eseguite»), ha sido acogido por la jurisprudencia de los Tribunales inferiores y del Consejo de Estado. Así, por ejemplo, la sentencia TAR Lombardia-Milán, Secc. 3ª, de 9 de mayo de 2001, núm. 3738

2.2. *Otras aplicaciones jurisprudenciales*

La jurisprudencia ofrece otros muchos ejemplos en los que la reproducción ideal de un procedimiento reglado constituye el fundamento, generalmente inexpressado, del fallo indemnizatorio. Son casos en que se afirma la conexión causal entre la no consecución de la resolución favorable y la irregularidad administrativa porque se entiende que, sin ésta, el recurrente habría obtenido aquélla. Este tipo de juicio pronóstico sirvió de base a la STS de 19 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 8764) para ordenar el resarcimiento del daño. La Administración General del Estado había autorizado la importación de dos partidas comerciales, una de 500 motocicletas de una conocida marca japonesa de 400 cm³, y otra de 200 con una cilindrada de 650 cm³. Autorizadas las operaciones, fueron denegados los despachos de aduanas de Bilbao y Coslada (Madrid). Recurridas las resoluciones denegatorias, fueron declaradas ilegales y anuladas, respectivamente, por la Sala Tercera del Tribunal Supremo (sentencia de 10 de febrero de 1983) y la Sala Primera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid (sentencia de 20 de enero de 1983). El pronunciamiento jurisdiccional que nos ocupa, partiendo implícitamente de que había nexo causal entre la imposibilidad de importar las mercancías y la irregularidad administrativa, en el entendimiento de que la Administración, de haber acomodado a Derecho su actuación, habría librado el despacho, consideró que habían de abonarse en concepto de responsabilidad patrimonial: los gastos de almacenamiento, el capítulo de intereses pagados a la empresa vendedora por demora en el pago del precio de venta, el concepto referente a la reevaluación del dólar en función de la diferencia de cotización de esa divisa en relación con la de la peseta y la pérdida de valor ante el envejecimiento del modelo de las motos durante el tiempo en que estuvieron fuera del mercado.

Parecido razonamiento empleó el Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de mayo de 2000, que confirma la de la Audiencia Nacional de 29 de enero de 1996. Por resolución de 26 de mayo de 1987 se denegó la homologación de los niveles de BUP y COU a un Centro Escolar, que, al ser calificado como libre y no homologado, tuvo limitada su capacidad a 90 puestos escolares de BUP; no pudo examinar a sus alumnos –que debieron hacerlo en un Instituto de Bachillerato–; y no pudo impartir enseñanza de COU. La Audiencia Nacional consideró, en sentencia de

(Danno resp., 2001/7, pp. 763-764), que anula la adjudicación, en la modalidad de subasta, de un contrato de servicios (transportes) porque el certificado de balances de cuentas del contratista no había sido expedido por un sujeto habilitado y por considerar anormalmente baja la oferta presentada, al no tener en cuenta la incidencia de los días festivos, las bajas por

enfermedad y otras circunstancias. Señala el Tribunal que tal oferta debió ser excluida, con la obligación consecuente de adjudicar el contrato al recurrente, por lo que éste tiene derecho al resarcimiento, no ya de la pérdida de una chance de victoria, sino del lucro cesante, valorado en un 10% del importe total del contrato.

23 de septiembre de 1987, que el Colegio reunía los requisitos para la homologación, declarando su derecho al otorgamiento de la clasificación de Centro homologado con capacidad total de 320 alumnos. El Colegio pudo funcionar por fin con esta clasificación a partir del curso académico 1988/1989. Desestimada por silencio la reclamación indemnizatoria en la vía administrativa e interpuesto recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, ésta dictó sentencia que fue confirmada en Casación. El Tribunal basa el fallo en la constatación de que la petición de homologación habría sido aceptada en su día si la Administración hubiera acomodado su actuación al ordenamiento y que su falta de obtención ocasionó: la baja de los veinte alumnos de COU matriculados en el curso académico 1986/1987; la paralización de toda la actividad docente en el año siguiente; y la reducción del número de alumnos matriculados en el curso 1988/1989, cuando el centro empezó a funcionar en calidad de homologado. Fijada la indemnización por estos conceptos, la Audiencia Nacional y, después, el Tribunal Supremo desestimaron la demanda en cuanto a la indemnización reclamada por los desembolsos derivados del despido de profesores y la publicidad así como por el daño moral ligado a la pérdida de reputación y crédito profesional(1241).

II. El cálculo de probabilidades y la potestad discrecional

1. LOS MÁRGENES DE OPINABILIDAD Y DISCRECIONALIDAD COMO ELEMENTOS DE INCERTIDUMBRE

Hay casos en los que, no obstante el carácter reglado de la potestad, puede resultar difícil o imposible concluir, atendiendo únicamente a la regulación aplicable, que, sin la irregularidad, el procedimiento habría producido o dejado de producir el beneficio apetecido. Los conceptos normativos indeterminados permiten realizar juicios certeros, pero no siempre. Hay algunos supuestos problemáticos porque no es sencillo determinar si caen en la esfera positiva o en la negativa del concepto. Son casos limítrofes reconducibles a la denominada zona de incertidumbre porque no resulta fácil concretar si están comprendidos o no dentro del concepto.

Así lo ha puesto de manifiesto una doctrina española: «No es fácil para

(1241) Primero ante la Audiencia y después ante el Tribunal Supremo, el Centro sostuvo sin éxito que los despidos fueron consecuencia directa del abandono del alumnado que, a su vez, tuvo lugar cuando los padres tuvieron conocimiento de que el Colegio no había obtenido la homologación. También defendió que en el expediente puede observarse información gráfica sobre el grave daño moral y de imagen

causado a la titularidad del Colegio con la privación y denegación de la homologación. Se refería, en particular, a las declaraciones a la prensa, que nunca fueron desmentidas o rectificadas, hechas por la responsable de la Subdirección General de Régimen Jurídico del Ministerio de Educación y Ciencia: «*si tuviera mis hijos en el Colegio los sacaría*».

un aspirante a la celebración del contrato probar que éste habría tenido que serle adjudicado a él, ya que la Administración no está obligada a elegir atendiendo exclusivamente al precio, sino que puede tener en cuenta una pluralidad de factores (...). Incluso cuando la convocatoria del concurso delimita con más precisión los criterios que se van a tener en cuenta, no siempre se puede llegar a probar que existe una única solución jurídicamente admisible, pues se trata en ocasiones de conceptos jurídicos indeterminados (como cuando se hace referencia a «criterios estéticos»)(1242).

Pese a la dificultad, hay autorizada doctrina que defiende que la aplicación de un concepto en su halo de penumbra constituye una operación estrictamente cognitiva que consiste en localizar las reglas de la ciencia o de la experiencia que proporcionan la solución correcta; una solución que, aunque inicialmente oculta, es, en realidad, la única legalmente admitida(1243). Desde esta perspectiva, el juez que, al ventilar la cuestión resarcitoria ligada a la inobtención de una resolución favorable, realiza el juicio pronóstico de causalidad, tiene que encontrar esa única solución posible porque, siendo ésta la que debería haber adoptado la Administración, se habrá representado fielmente el curso de una correcta tramitación del procedimiento. Habría que concluir entonces que cabe averiguar con certeza cuál habría sido el sentido de la aplicación de una noción en su zona de incertidumbre y, consecuentemente, determinar si el curso de los acontecimientos habría desembocado en el otorgamiento de la resolución favorable (pérdida de oportunidad superespecífica, que puede traducirse en lucro cesante) o no (pérdida de oportunidad genérica, que no da derecho a indemnización en concepto de *chance* frustrada).

El profesor BACIGALUPO SAGGESE ha intentado demostrar, con argumentos que provienen de la doctrina alemana, que la subsunción de un caso en el halo problemático de un concepto jurídico indeterminado constituye, en realidad, una operación volitiva en la que el aplicador no busca la regla que determina si se está o no en el polo positivo conceptual, sino que la fija por sí, optando por una de entre las variables posibilidades que admite el ordenamiento(1244). Según él, el legislador, al valerse de conceptos indeterminados, delega en la Administración la labor de adoptar la norma que resuelve los supuestos fronterizos: «Lo que hace el aplicador de un concepto jurídico indeterminado, cuando lo ha de aplicar en su zona de incertidumbre, es, pues, algo más que interpretar su contenido semántico, a saber: *perfeccionar* o integrar en sede aplica-

(1242) A. HUERGO LORA, *La nueva...*, cit., p. 1855.

(1243) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha...*, cit., pp. 31-42, y *Democracia, jueces...*, cit., pp. 126-134; F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos...*, pp. 267 ss.; T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad...*, cit., pp. 41-51.

(1244) *La discrecionalidad administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, pról. M. Bullinger, Marcial Pons, Madrid, 1997. pp. 194-211.

tiva un requisito («imperfecto») del supuesto de hecho normativo» (1245).

A este planteamiento se acercan, en verdad, algunos de los fieles de la teoría de la unicidad de la solución justa. Así, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ admiten también la posibilidad de una variedad de aplicaciones de un mismo concepto dentro de su zona de incertidumbre. Pero éstos, a diferencia de aquél, consideran que, a la hora de controlar la legalidad de la decisión efectivamente tomada, el juez puede, acudiendo a la ciencia y a la experiencia, constatar si tal decisión se sitúa dentro o fuera del concepto: «Esa *unidad de solución justa* a la que nos referimos no significa que haya una sola y única conducta capaz de merecer, entre todas las posibles, la calificación a la que el concepto apunta. Lo que quiere decir exactamente es que en un caso dado la concreta conducta objeto de enjuiciamiento o es de buena fe o no lo es, lo que remite a una *apreciación por juicios disyuntivos*, en la expresiva fórmula alemana, ya que no puede ser dos cosas al mismo tiempo, como es evidente» (1246).

En realidad, desde la perspectiva resarcitoria (causal), no interesa tanto la polémica de fondo, que en estos casos es la referida al alcance, mayor o menor, del poder anulatorio y restitutorio del juez (control *ex post*), según se entienda que la aplicación de un concepto indeterminado en su halo incierto constituye un acto de cognición o de volición. Lo que a nuestros efectos hay que resaltar es el consenso existente en orden a admitir que estos casos no puede *ex ante* captarse unívocamente una única solución, admitiéndose varias posibilidades (todas ellas igualmente lícitas) porque se reconoce, bien la subsistencia de margen de apreciación discrecional, bien la concurrencia de un ámbito de opinabilidad.

(1245) Un examen de similares planteamientos defendidos dentro de la doctrina española en E. DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, 2ª ed., Aranzadi, Elcano, 1999, pp. 122-132, *Los problemas...*, cit., p. 27; M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 38-42.

(1246) *Curso...*, t. I, cit., 459-465. En esta misma línea se sitúa un sector autorizado de la doctrina italiana, que admite que la aplicación de una norma técnica puede comportar valoraciones que pueden no ser unívocas, pero que insiste en que una cosa es la opinabilidad y otra la oportunidad. Desde esta perspectiva, las valoraciones fácticas no se transforman, por su opinabilidad, en valoraciones infiscalizables de oportunidad (M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, cit., pp. 486-490; F.

LEDDA, *Potere, tecnica...*, cit., pp. 428-445). El *Consiglio di Stato* ha dictado algún pronunciamiento (sentencia de 9 de abril de 1999, núm. 601) que, apelando a la doctrina del concepto jurídico indeterminado, concibe el control jurisdiccional como un momento de natural comprobación plena, de la corrección de la decisión adoptada (D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, *Giorn. Dir. am.*, 12/1999, pp. 1179-1183 y L. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla Discrezionalità tecnica*, *Foro amm.* 2000/2, pp. 424-440). El profesor GONZÁLEZ-VARAS (*El control judicial...*, cit., pp. 48-56) ha comentado una línea similar en el Derecho español que, en concursos de contratación, realiza un control en cuanto al fondo del asunto (SSTS de 9 de julio de 1999 [RJ 1999, 6882]; y de 11 de mayo de 1999 [RJ 1999, 5029]).

Por eso, a los efectos de comprobar la presencia de un enlace etiológico entre la no concesión de la utilidad y la infracción administrativa, es importante retener que, de haberse tramitado limpiamente el procedimiento, la Administración habría podido optar entre varias concreciones posibles del concepto indeterminado: Cuando hay que borrar mentalmente la irregularidad cometida por la Administración (el hecho ilícito) para representarse el curso de los acontecimientos y, de este modo, averiguar si el daño habría tenido lugar (inexistencia de nexo causal) o no (presencia de conexión causal), si se desconoce el sentido de una aplicación del concepto en su halo incierto (porque no se llevó a cabo o porque la efectivamente realizada es inválida), hay que aceptar que subiste un relevante elemento de incertidumbre. La Administración pudo optar por la aplicación más favorable, pero también por otra que condujera a la denegación (legal) de la ventaja pretendida.

Esa aleatoriedad se intensifica cuando se trata de conceptos técnicos que habían de aplicarse en el ámbito de los concursos de méritos, oposiciones, exámenes académicos y juicios de aptitud o idoneidad profesional(1247). En estos casos, la concreción del concepto indeterminado debe resultar de una evaluación adoptada en un marco de comparación entre las pruebas o proyectos elaborados por los distintos aspirantes. No valen cualesquiera elementos de juicio, por muy significativos que sean, para localizar el alcance del concepto jurídico indeterminado. El material que puede ser objeto de valoración es el establecido en las normas reguladoras de la potestad y, en particular, las pruebas o proyectos programados. Esta circunstancia y la necesidad de la comparación dota a estas aplicaciones de un alto nivel de subjetividad de tal manera que si éstas no se han realizado o si las ejecutadas son inútiles por estar viciadas, el juez que se representa cómo habría transcurrido el procedimiento de no haberse producido la irregularidad puede encontrarse con considerables dosis de incertidumbre(1248).

Por lo demás, lo mayores niveles de aleatoriedad, que impiden un juicio seguro basado estrictamente en la disciplina que resulte de aplicación, se presentan, evidentemente, en los casos en que el procedimiento formaliza el ejercicio de una potestad propiamente discrecional, pues la norma reguladora no agota de suyo la programación del ejercicio del poder, atribuyendo a la Administración un margen de valoración subjetiva con que establecer la solución más oportuna. Como se dijo, el resul-

(1247) Cfr. E. DESDENTADO DAROCA, *Los problemas...*, cit., pp. 70 y ss.

(1248) En este sentido, R. CARANTA (*Attività amministrativa...*, cit., pp. 123-124) señala que en el campo de la mal llamada discrecionalidad técnica existen apreciaciones particularmente refractarias, dotadas de un alto grado de subjetividad, que no pueden fácilmente adivinarse con la ayuda

de peritos. Se refiere fundamentalmente a las pruebas previstas en multitud de procedimientos selectivos. En este campo, dice este autor, el juicio pronóstico a los efectos de la eventual afirmación de la responsabilidad civil presenta la misma problemática que el ejercicio irregular de potestades caracterizadas por una verdadera y propia discrecionalidad administrativa.

tado de las valoraciones discrecionales no efectuadas constituye un factor desconocido, un elemento ignoto que hay que tener en cuenta a la hora de calibrar las posibilidades de éxito del interesado(1249).

Así las cosas, en la zona de penumbra de los conceptos indeterminados y en el terreno de la discrecionalidad, cabe que el interesado pierda una oportunidad ilusoria, porque cabe que la incertidumbre en torno al sentido de la valoración administrativa o la aplicación del concepto sea de tal magnitud que reduzca en gran medida las probabilidades de consecución (oportunidad genérica). Ahora bien, contemplados otros datos y elementos, además de la normativa aplicable, el margen de duda puede ser, en realidad, pequeño y despreciable, en cuyo caso el interesado habrá perdido la utilidad apetecida y no la simple posibilidad de obtenerla (oportunidad superespecífica); o puede ser considerable, sin llegar al punto en el que la pérdida sea referible a la ventaja final, apreciándose, por tanto, un daño por privación de una estricta *chance* (oportunidad específica). Si en los supuestos en que la potestad está completamente regulada y perfilada basta, en principio, la contemplación de la disciplina reguladora para formular un juicio pronóstico seguro del que deriva la conclusión inequívoca de que el interesado habría obtenido o no el acto favorable, dicho juicio debe incorporar en esos casos otros elementos y puede esclarecer un resultado distinto, imposible, en principio, cuando la norma aplicable es completa y precisa: que el interesado ha sufrido la privación de una oportunidad que no es ilusoria, pero tampoco segura: una *chance* en sentido estricto. Los datos que habrán de considerarse y que se estudian a continuación son, fundamentalmente, el material instructorio y las demás circunstancias que pueden haber agotado el margen de valoración o apreciación normativamente reconocido a la Administración, cuya incidencia en el cálculo de probabilidades de consecución debe ponderarse de forma indefectible.

2. EL GRADO DE AGOTAMIENTO DE LOS MÁRGENES DE DISCRECIONALIDAD COMO ELEMENTO DECISIVO DEL CÁLCULO DE PROBABILIDADES. OTROS FACTORES CONDICIONANTES

Surgida en Alemania y aceptada por la ciencia jurídica española, la doctrina del agotamiento o reducción de la discrecionalidad supone que una situación inicial de discrecionalidad pasa, por la concurrencia de determinados factores y circunstancias, a una situación de discrecionalidad inexistente(1250). Hay agotamiento, es decir, perece la situación discrecional, cuando la normativa que habilita el margen de valoración subjetiva «entra en colisión en el caso concreto con otros hechos, circunstancias o normas» que «hacen que, aunque la decisión administra-

(1249) Cap. IV, ap. II.2.1.

(1250) M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa...*, cit., p. 149. Para el Derecho italiano, vide P. M. VIPIANA, *L'auto-limite della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1990.

tiva se tome en ejercicio de una potestad formalmente discrecional, en ese supuesto específico sólo quepa una solución conforme a Derecho»(1251).

Las doctrinas alemana y española se han ocupado del fenómeno del agotamiento para determinar, fundamentalmente, en qué casos la anulación de la resolución ha de ir seguida de un pronunciamiento condenatorio que obligue a la Administración a ejercer nuevamente su discrecionalidad (sin otro límite que el de no incurrir en ilegalidad) y en qué otros se ha de forzar a la Administración a dictar una resolución concreta, por constituir la única legalmente admisible(1252). Se parte de que, si la discrecionalidad inicialmente existente se ha agotado, alzándose el otorgamiento como única solución jurídicamente posible, el interesado tiene un derecho subjetivo a la resolución favorable, por lo que el juez debe condenar a la Administración al efectivo libramiento.

Sin embargo, según se ha dicho en la literatura jurídico-administrativa italiana, la doctrina del agotamiento no sólo vale para determinar el resultado del procedimiento real y futuro que va a tramitar la Administración en cumplimiento de la condena. Sirve también para tratar de averiguar, en un juicio causal de prognosis póstuma y con relevancia exclusivamente resarcitoria, cuál habría sido el resultado del procedimiento hipotético y pasado en el que intervino la irregularidad, de haberse tramitado limpiamente; y sirve, consecuentemente, para concretar si la Administración ocasionó una pérdida de oportunidad genérica, específica o superespecífica(1253).

(1251) A. HUERGO LORA, *Las pretensiones...*, cit., p. 323.

(1252) En el Derecho alemán, *ex multis*, A. GERN, *Die Ermessensreduzierung auf Null*, DVBl., 1987, pp. 1194-1199. En la doctrina española, M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 149-150, 205-206; M. BACIGALUPO SAGGESE, *La discrecionalidad...*, cit., p. 89; A. HUERGO LORA, *Las pretensiones...*, cit., pp. 315-336; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Problemas procesales...*, cit., p. 102.

(1253) Así, TRIMARCHI BANFI (*Tutela specifica...*, cit., pp. 74 ss.), señala que puede llegarse a la conclusión de que el interesado habría obtenido el acto favorable en un juicio de causalidad destinado a determinar si hay conexión entre una irregularidad administrativa y la no consecución de la resolución deseada cuando haya elementos suficientes para pronosticar el resultado del procedimiento como si las reglas hubieran sido aplicadas correctamente. En este orden de ideas, VAIANO (*Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Giuffrè, Mi-

lano, 2002, p. 259) señala que la afirmación del nexo casual puede realizarse teniendo en cuenta, no sólo las disposiciones normativas aplicables en el momento de la atribución legislativa de la potestad, sino también, en concreto, los resultados de la instrucción procedimental. Tales datos pueden revelar que el interesado habría estado en condiciones de confiar razonablemente en el éxito del procedimiento. Precisamente porque es frecuente que la discrecionalidad hubiera sido ejercitada por completo o en buena medida cuando intervino el comportamiento administrativo irregular, el profesor de la Universidad de Turín Roberto CARANTA (*Attività amministrativa...*, cit. pp. 128-129) considera que muy a menudo el juez topa con supuestos en que el área de la discrecionalidad ha desaparecido. En tales situaciones, dice el autor, será fácil o posible, cuanto menos, realizar el juicio pronóstico sin invadir ámbitos de valoración pretendida o realmente reservados a la Administración.

Cuando la discrecionalidad ha sido «reducida a cero», según la expresiva locución alemana (*Ermessensreduzierung auf Null*), puede formularse un juicio cierto en torno a la solución de ese hipotético procedimiento porque, de haberse tramitado limpiamente, sólo habría habido una forma legal de resolverlo. Si resulta que tal solución habría sido el libramiento, habrá de imputarse a la Administración la pérdida de la utilidad apetecida, pues quedará acreditado el lazo causal que liga la irregularidad con la inobtención del acto favorable: el comportamiento administrativo fue *condicio sine qua non* de la falta de consecución del beneficio porque, sin él, el procedimiento habría culminado con la resolución positiva(1254). Si no se verifica circunstancia alguna que restrinja el margen de valoración o apreciación, parece que, en principio, el grado de incertidumbre casual es muy elevado, debiéndose reconducir la pérdida a una genérica oportunidad carente de entidad dañosa. Ahora bien, si concurren elementos «reductores» que revelan la existencia de una «probabilidad suficiente» (conforme al *id quod plerumque accidit*), habrá ligazón etiológica entre la infracción administrativa y la pérdida de la ventaja final, por más que tales elementos no permitan concluir con absoluta certeza que había una única solución legal. A su vez, podrá entrar en juego la doctrina de la pérdida de *chance* cuando la ponderación de los factores que agotan parcialmente la discrecionalidad arroje el resultado de que había una probabilidad seria y real, pero insuficiente a los efectos de la afirmación del nexo causal(1255).

Sirva para comprender estas pautas de aproximación el caso de la adjudicación ilegal de una ventaja en un procedimiento competitivo. Si la Administración estaba obligada a resolver un expediente en el que concursaban sólo dos candidatos y otorgó la utilidad al que no reunía todas las condiciones legales, podrá decirse con seguridad que una correcta tramitación habría desembocado en el otorgamiento a favor del otro sujeto, que habrá perdido injustamente la ventaja apetecida. Si tal deber no subsistía, no hay agotamiento total porque la Administración pudo dejar desierto el concurso, pero es evidente que el candidato, al

(1254) Ha ilustrado brillantemente esta idea F. TRIMARCHI BANFI (*L'ingiustizia...*, cit., pp. 635-636). Señala la autora que la ausencia de nexo casual entre el daño y la irregularidad administrativa es cierta cuando el acto administrativo no habría podido tener un contenido distinto, lo que no sólo ocurre cuando la disciplina sustantiva de la potestad no admite alternativas respecto del ejercicio de la función administrativa (potestad reglada en abstracto). La ausencia de alternativas legítimas puede ser resultado de actos administrativos generales que hayan consumido previamente la discrecionalidad, de directrices persistentes o de decisiones precedentes adoptadas

en supuestos análogos, si no han intervenido circunstancias que puedan justificar un cambio de orientación por parte de la Administración.

(1255) En este sentido, señala A. SUSCA (*Il risarcimento del danno da perdita di chance*, Urb. app., 2002/6, p. 706) que la prueba de que el interesado habría obtenido el bien de la vida al que aspiraba resultara tanto más ardua cuanto más elevado sea el margen residual de discrecionalidad. *Vide*, en relación con los concursos de función pública, D. IARIA, *La risarcibilità della lesione di interessi legittimi nel contenzioso del lavoro pubblico*, Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, 2000, pp. 269-270.

cumplir con los presupuestos y condiciones tasados, era, en principio, acreedor de un alto porcentaje de posibilidades de resultar adjudicatario, lo que, manejando un criterio de normalidad (*id quod plerumque accidit*), permite concluir que el curso de los acontecimientos habría producido el efecto beneficioso deseado. La propia apertura del procedimiento, su clave teleológica, estriba en que lo normal es que haya adjudicación y que la deserción, aunque perfectamente posible, constituya una solución anormal(1256). Además, la Administración optó por adjudicar el contrato por lo que parece razonable estimar que el procedimiento, de haberse tramitado correctamente, habría finalizado *normalmente* con el otorgamiento a favor del otro aspirante(1257). La Administración sólo podrá exonerarse del deber de reparar el daño si demuestra que concurrían circunstancias que hubieran aconsejado declarar desierto el concurso, debiéndolo hacer, además, de manera concluyente porque, en caso de duda, el principio *pro damnato* obliga al juez a adoptar la solución que más favorece a la víctima en los términos analizados más arriba(1258).

Causas frecuentes de reducción de la discrecionalidad son, por ejemplo, la aprobación de baremos de jerarquización de candidatos, cuando no resultan afectados por la anulación de la resolución favorable, y, con algún matiz, el precedente administrativo. Cuando existen los primeros, puede afirmarse con un alto grado de certeza que el expediente, de haberse desarrollado con arreglo a Derecho, habría finalizado con el otorgamiento de la resolución favorable al competidor mejor situado. Respecto del precedente, hay que recordar que, en ausencia de una motivación suficiente y adecuada, la decisión que rompe con aquél puede ser ilegal. Pues bien, cuando se trata de imaginar, a los efectos de la responsabilidad civil, cómo habría transcurrido el procedimiento sin irregularidad alguna, un dato que puede servir para paliar en alguna

(1256) Hay que tener en cuenta que en este supuesto, el margen de opinabilidad de la Administración está bastante reducido, pues el artículo 85 del Reglamento de Contratos establece, para el ámbito estatal, las ofertas que pueden ser indicativas de temeridad (las ofertas inferiores en un 25% al precio de licitación, si sólo se presenta un licitador; en un 20% respecto de la otra oferta, si hay dos competidores; en un 10% de la media aritmética de las otras ofertas, excluyendo, en su caso, las que superen en un 10%, si concurren cuatro o más licitadores; y este último porcentaje, excluyendo, en su caso, las ofertas que superen *en más* de un 10% dicha media). Si el licitador perjudicado presentó una oferta que no era temeraria conforme a estos criterios, habrá que dar por sentado que, sin la irregularidad, la resolución final

le habría favorecido. Y si lo estaba, el criterio de normalidad que impone la regla del *id quod plerumque accidit* impone a la Administración la obligación de demostrar que el procedimiento hubiera finalizado *anormalmente*, rechazando la mejor oferta.

(1257) En sentido análogo, insistiendo en que sólo «elimina» la obligación indemnizatoria la adecuada demostración de que existían motivos de interés público que aconsejaban y justificaban la «ruptura de las tratativas», G. RACCA, *La quantificazione...*, cit., p. 159. También, M. PROTTO, *Responsabilità...*, cit., p. 999.

(1258) Vide Cap. IV, ap. III.3.3. Más adelante (ap. II.3.2.1) me referiré al Dictamen del Consejo de Estado de 25 de julio de 2002, núm. 1697, que no se atiene al criterio explicado en el texto.

medida la aleatoriedad inicial ligada a la presencia de márgenes de apreciación o valoración puede ser el criterio aplicado con anterioridad a situaciones análogas(1259).

Así las cosas, afirmada la necesidad del juicio pronóstico para determinar la existencia del nexo causal o, en su caso, aplicar la doctrina de la pérdida de *chance*, queda claro que los factores decisivos en la fijación del porcentaje de probabilidades de consecución son el grado de programación normativa de la potestad irregularmente ejercida y el grado de agotamiento de los márgenes de apreciación o valoración, si es que la Administración los tenía legalmente atribuidos. Sentada la importancia de estos criterios, el juzgador debe tener en cuenta cualesquiera otras circunstancias que puedan servir al cálculo del porcentaje aproximativo de probabilidades de éxito. Como en cualquier supuesto de responsabilidad civil, el juez ha de ponderar todos los elementos para aquilatar la medida de la probabilidad de que la víctima hubiera dejado de padecer el menoscabo, valiéndose al efecto de las pautas de la lógica inductiva (fiabilidad de las reglas o máximas de experiencia manejadas; fiabilidad de las informaciones o pruebas utilizadas; cantidad y variedad de informaciones; número de pasos inferenciales que se distancian la hipótesis causal de las pruebas; número de hipótesis alternativas posibles y grado de probabilidad de éstas) y, en su caso, de la matemática y la estadística(1260). Así, por ejemplo, para calibrar las probabilidades de victoria en un concurso-oposición podría tenerse en cuenta, entre otros datos, el porcentaje de participantes que superaron el ejercicio y su mayor o menor dificultad, el número de candidatos o los resultados obtenidos por el interesado en pruebas del mismo tipo.

3. LA OPORTUNIDAD PERFECTA O LA PÉRDIDA DE LA VENTAJA FINAL: SUPUESTOS DE NEXO CAUSAL ACREDITADO, PESE A LA DISCRECIONALIDAD

3.1. *El Tribunal Supremo y el Consejo de Estado ante la doctrina del agotamiento: supuestos en que aprecian la relación causal del daño con infracción de las reglas de procedimientos de contratación o función pública*

La jurisprudencia no suele apelar específicamente a la doctrina del agotamiento, pero la aplica en muchos casos, sirviéndole de base para sus condenas indemnizatorias. A continuación se ponen de manifiesto algunos casos resueltos por el Tribunal Supremo o informados por el Consejo de Estado en los que, al estar reducidos los márgenes de valoración administrativa, se alzaba el otorgamiento como única opción ajustada a Derecho. Son supuestos en los que hay nexo causal entre la irregularidad admi-

(1259) Sobre el precedente y su peculiar relación con la doctrina del agotamiento, E. DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad administrativa...*, cit., pp. 184-188; A.

HUERGO LORA, *Las pretensiones...*, cit., pp. 327-328.

(1260) *Vide* Cap. IV, ap. III.3.

nistrativa y la inobtención del acto favorable, por lo que se dispone o aconseja que la Administración abone una indemnización que se corresponde con el beneficio que la obtención de tal acto habría deparado.

La sentencia de 14 de abril de 1999 (RJ 1999, 4522) se refiere a la responsabilidad de la Administración General del Estado en relación con la falta de renovación de un permiso de trabajo a un ciudadano extracomunitario(1261). La Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Jaén había denegado a un ciudadano paquistaní la renovación de su permiso laboral como palista en una empresa de investigaciones mineras, aduciendo que varios trabajadores inscritos en la Oficina de Empleo de Linares habían manifestado su deseo de ocupar el empleo indicado. Como consecuencia de la denegación, fue despedido, por lo que demandó a la empresa ante la Magistratura de Trabajo, que declinó anular el despido, declarándolo procedente (Sentencia de 13 de marzo de 1985). Con mejor fortuna, recurrió la denegación administrativa ante la AT de Granada que, por Sentencia de 2 de abril de 1986 (posteriormente confirmada por la del TS de 9 de diciembre de 1987 [RJ 1987, 9436]), la anuló, condenando a la Administración a renovar el permiso solicitado. Según recuerda el Alto Tribunal, la regulación aplicable al caso (Real Decreto 1031/1980, de 3 de mayo) atribuye un ámbito de discrecionalidad a la Administración, pero establece que los permisos han de renovarse cuando el extranjero lleve trabajando en España en la misma profesión más de cinco años, salvo que la situación nacional de empleo aconseje lo contrario. Señala la sentencia que una ulterior limitación deriva, a su vez, de los artículos 9 y 10 que disponen que la Dirección General de Trabajo es el único organismo que puede aconsejar sobre la situación nacional de empleo en cuanto a los excedentes de mano de obra española sin colocar. Siguiendo el criterio adoptado en la instancia, el TS declara la contrariedad a Derecho de la denegación y la procedencia de la prórroga del permiso solicitado *«por tratarse de un extranjero que llevaba más de siete años vinculado con su familia —esposa y seis hijos— a nuestra nación, sin alteración de su status laboral»* y no constar informe alguno que aconseje lo contrario atendiendo a la situación nacional de empleo. Reintegrado en su derecho a la obtención del permiso, el indicado ciudadano formuló sin éxito ante el Ministerio de Trabajo petición de indemnización de 20.000.000 Ptas. por los daños que le causó la indebida denegación del permiso de trabajo. Interpuesto recurso de reposición, fue desestimado, por lo que acudió a la jurisdicción contencioso-administrativa, que reconoció su derecho al resarcimiento por SAN de 28 de septiembre de 1994. El abogado del Estado la apeló, pero el Tribunal Supremo, en sentencia de 14 de abril de 1999 (RJ 1999, 4552),

(1261) Supuestos análogos con idéntico resultado favorable al perjudicado por la denegación del permiso de trabajo, en SSTs de 27 de enero de 1998 (RJ 1998, 576); de 16 de febrero de 1999 (RJ 1999, 1623); y 2 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2320).

confirmó el criterio de la Sala *a quo*, resaltando que en el supuesto enjuiciado concurrían los requisitos de la realidad del perjuicio y la causalidad porque el despido y el daño que éste produjo arrancan de la denegación ilegal del permiso de trabajo. Dice el Tribunal que, «*en otro caso*», esto es, de haberse acomodado a Derecho la actuación administrativa, «*la extinción de la relación laboral (...) no se habría producido*»; y que, para cuantificar la indemnización, «*podrá servir, según se consigna en la sentencia recurrida (...) la computación de los ingresos que entonces obtenía y los que percibe hoy en su nuevo trabajo*».

El Dictamen del Consejo de Estado de 24 de mayo de 2001, núm. 994, resuelve una consulta relacionada con la reclamación indemnizatoria conectada con una irregularidad en la tramitación de un procedimiento público por el que se adjudicaban ayudas a miembros del Ejército. Conforme al «Programa de apartamentos de verano para 2000», de la Dirección de Asistencia al Personal de la Armada, un Suboficial solicitó el uso y disfrute durante la primera quincena de agosto de algunos de los apartamentos del Programa, sitios en diversos lugares, entre ellos, Zahara de los Atunes (Cádiz); y manifestó que, caso de que no se le adjudicase, deseaba permanecer en lista hasta el 30 de junio de 2000. El 10 de julio de 2000, al no habersele notificado ninguna adjudicación, decidió arrendar por su cuenta un apartamento en Punta Umbría (Huelva) para la primera quincena de agosto, abonando 175.000 Ptas. Posteriormente, tuvo conocimiento de que el apartamento de Zahara fue adjudicado inicialmente a otro Suboficial que tenía una puntuación mayor que la suya; pero que, tras la renuncia del beneficiario, se otorgó a otro con peor derecho, sin que se le hubiera ofrecido a él, por no habersele podido notificar dicha circunstancia por vía telefónica. A juicio del Consejo de Estado, tales hechos ponen de manifiesto la conexión causal entre los perjuicios derivados de la imposibilidad de uso del apartamento y la actuación de la Administración, ya que, según se razona, la vacante producida por la renuncia de quien tenía mejor puntuación que él no se le había notificado en la forma ordenada por el artículo 59 de la Ley 30/1992. En cuanto a los daños producidos, considera el Consejo de Estado que éstos pueden valorarse en 81.000 Ptas., cantidad que se corresponde con la diferencia entre la suma que abonó por arrendar por su cuenta un apartamento (175.000 Ptas.) y la que debiera haber abonado en caso de adjudicársele el de Zahara (94.000 Ptas.) (1262).

En la STS (Sala 3ª) de 17 de abril de 2000 (RJ 2000, 4824) (1263), que

(1262) Los consejeros Miguel RODRÍGUEZ-POINERO Y BRAVO-FERRER y Miguel VIZCAÍNO MÁRQUEZ formularon voto particular, señalando que, a su entender, la Administración no había incurrido en responsabilidad porque el personal de la Armada actuó correctamente al intentar la notificación

telefónica de la vacante y, ante la imposibilidad de contactar con el reclamante, proceder al ofrecimiento al siguiente componente de la lista.

(1263) Cuestión análoga fue resuelta por la STS de 13 de marzo de 1991 (RJ 1991, 228).

confirma la del TSJ de Madrid de 26 de julio de 1995, la víctima fue la sociedad editora de un periódico que había solicitado a la Dirección General de Tráfico la inserción de publicidad institucional con motivo de la Campaña Continuada de divulgación de la Seguridad Vial llevada a cabo en marzo de 1994. La petición había sido denegada por silencio. El pronunciamiento no especifica el grado exacto de discrecionalidad o apreciación de que disponía la Administración, pero destaca que otras empresas habían obtenido de la Administración la prestación económica correspondiente a la colocación en sus publicaciones de un número determinado de módulos comerciales. El TSJ, primero, y el TS, después, consideraron que la Dirección General había incidido negativamente en el derecho a la igualdad de la recurrente (art. 14 CE); y que la Administración del Estado debía abonar, en concepto de indemnización, la cantidad equivalente al beneficio comercial dejado de obtener por la no inserción en su diario de 40 módulos de anuncios. En este caso, el apartamiento del precedente administrativo, en cuanto expresión de un atentado al principio de igualdad, viciaba la actuación administrativa. Lo interesante es que, en principio, tal apartamiento no habría podido justificar la condena a la inserción de los módulos correspondientes caso de haber sido materialmente posible. Esta forma de tutela específica habría supuesto reconocer al recurrente un derecho que, según parece, el ordenamiento no concedía, pues la Administración disponía de un margen no agotado de discrecionalidad que le permitía rechazar legalmente la solicitud. No siendo materialmente posible la protección restitutoria —que en este caso se habría traducido en la condena a motivar una decisión en torno a la procedencia o improcedencia de acceder a lo solicitado—, se brindó la resarcitoria, que está subordinada a la comprobación de que entre el daño padecido y el hecho ilícito haya conexión causal. Pues bien, parece que el Tribunal se figuró qué habría ocurrido de no haber mediado la violación del derecho a la igualdad y, en este plano, adjudicó relevancia al precedente como dato expresivo de que hay nexo causal, esto es, de la alta probabilidad de que la Administración habría accedido a insertar los módulos de publicidad. Los efectos del precedente son, pues, distintos en función de que se trate de determinar si existe un derecho subjetivo al acto favorable o un lazo causal entre su inobtención y el comportamiento administrativo. En el primer caso, no parece que por sí pueda justificar la condena al libramiento; pero, en el segundo, puede ser un dato revelador de que muy probablemente la víctima lo habría obtenido en un procedimiento imaginario adecuadamente tramitado, lo que puede dar lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración.

La STS, Sala 3ª, de 13 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9794) enjuicia la resolución que dio a conocer la lista de aprobados de un concurso-oposición convocado para cubrir plazas de celadores. Tal resolución reservó a minusválidos y mayores de cuarenta años un tanto por ciento de las plazas convocadas, lo que supuso que los recurrentes, que habían

obtenido una mayor puntuación que algunos de los beneficiarios de la reserva, no obtuvieran plaza. El TS estimó que no había ninguna razón objetiva para otorgar la referida preferencia, declarando el derecho de los recurrentes a ocupar la plaza y a recibir los salarios dejados de percibir, con sus intereses, menos las cantidades que durante el mismo período de tiempo hubieren obtenido como consecuencia de cualesquiera otros servicios prestados a una Administración Pública.

La STS, Sala 3ª, de 18 de marzo de 2000 (RJ 2000, 3077) se refiere a un acto de adjudicación de una plaza de Jefe de Cirugía Pediátrica, que, por sentencia del TSJ de Madrid, fue anulado, declarándose el derecho del recurrente a ocupar la plaza. El interesado reclamó indemnización en la vía administrativa y, después, en la jurisdiccional, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN que, en sentencia de 13 de octubre de 1995, declaró su derecho a percibir las diferencias retributivas entre el puesto que antes ocupaba y el que finalmente le fue adjudicado, desde la fecha de la denegación ilegal hasta la de la toma de posesión. No conforme con el *quantum* resarcitorio, el interesado recurrió ante el TS que, en la sentencia señalada, extendió la indemnización a los gastos que ocasionó al demandante la reclamación de daños y perjuicios en la vía administrativa.

La STS, Sala 3ª, de 22 septiembre 1988 (RJ 1988, 9794) enjuició la pretensión resarcitoria de un licitador en relación con un acto de adjudicación de un concurso público de contratación. El Pleno del Ayuntamiento de Paiporta (Valencia) acordó la adjudicación definitiva del concurso para la Revisión y Adaptación del Plan General de Ordenación Urbana Local a la Ley del Suelo. Uno de los concursantes, que había participado sin éxito en el procedimiento, tras ser desestimada la reclamación y el recurso de reposición que dedujo, formuló recurso contencioso-administrativo ante la Sala 1ª de la AT de Valencia que, en sentencia de 31 de diciembre de 1986, anuló el acuerdo impugnado y reconoció el derecho a la indemnización por el lucro cesante. Promovido recurso de apelación por el Ayuntamiento demandado, el TS lo desestimó. El Alto Tribunal constató que el adjudicatario no era el que figuraba en primer lugar en la propuesta de la Mesa de Contratación y que la Corporación no había explicado convenientemente el porqué de su decisión; y consideró que las razones debieron explicitarse y justificarse, pues el sistema de valoración establecido era muy completo en cuanto a la puntuación de las ofertas. Con base en este razonamiento, el Tribunal confirma el fallo anulatorio de la sentencia apelada y el tratamiento brindado a la cuestión resarcitoria. Se señala que, dado el tiempo transcurrido y el estadio de ejecución del contrato, no quedaba otra forma de tutela que la sustitutoria, que es, según se dice, la equivalencia jurídica de lo que su interés o derecho demandaba en el caso de que se le hubiera atribuido, como era legalmente exigible, al no haberse declarado desierto el concurso. El TS confirma así el criterio del juzgador a

quo, que condenó a la no Administración municipal a abonar al actor una indemnización que se corresponde, con el precio de la licitación, sino con «*el perjuicio neto equivalente a una especie de beneficio profesional*» del concursante excluido, a determinar en los trámites de ejecución.

En los asuntos vistos, una reconstrucción ideal del procedimiento, como si no se hubiera producido incorrección alguna, con ponderación de circunstancias agotadoras de la discrecionalidad, depara la conclusión de que el recurrente habría obtenido la resolución favorable, lo que permite afirmar el nexo causal entre la irregularidad administrativa y la imposibilidad de disfrutar del bien deseado. Esto es así, pese a tratarse de supuestos en los que la Administración disponía de márgenes de valoración o apreciación, porque subsisten datos reveladores de que tales márgenes habían sido ya utilizados, determinando que el otorgamiento fuera la única forma legal de resolver el procedimiento.

Dicho esto, el último de estos pronunciamientos da a entender que procede el resarcimiento, pero no porque la Administración se presente como causante en tras juicio pronóstico que calibra la probabilidad de que un procedimiento adecuadamente tramitado hubiera deparado la resolución favorable, sino porque el interesado era titular de un derecho subjetivo al acto en un juicio de carácter restitutorio. Se trata de la antes mencionada tendencia a considerar que en supuestos de responsabilidad por acto administrativo procede verificar, no si la Administración ocasionó un daño, sino si el administrado dispone de un derecho subjetivo a la resolución favorable. Según este planteamiento, cuando haya circunstancias que imposibiliten la reintegración (la condena a la Administración al libramiento), procede indemnizar por equivalente, valorando económicamente el derecho preterido. Pero esta doctrina no es de recibo, según hemos visto(1264). Cuando es imposible restablecer la posición jurídica del particular porque subsisten obstáculos de orden jurídico o material, la indemnización no constituye un remedio subsidiario de tutela que se brinda porque sea imposible ofrecer la protección principal. La tutela resarcitoria es sencillamente una medida a la que la víctima tiene derecho porque concurren cada uno de los requisitos que exige el artículo 139 LPC. Como hemos visto, el resarcimiento y la reintegración que proporciona el remedio restitutorio constituyen instrumentos diferenciados de tutela, de manera que la procedencia de su utilización depende única y exclusivamente de la concurrencia de las condiciones propias de cada uno(1265). Si el contrato que fue ilegítimamente adjudicado ya se consumó, no cabe condenar a la Administración a la repetición del procedimiento y, si procede indemnizar, es porque, a través del juicio pronóstico, se ha acreditado el nexo causal entre la irregularidad y la inobtención de la resolución favorable. Hay que insistir en que una cosa es determinar si la Administración debe *indefectiblemente*

(1264) Cap. VIII, ap. II.2.2.

(1265) Cap. VIII, ap. III.

adoptar en el futuro la resolución favorable, lo que significa que el interesado tiene un derecho al libramiento al que el juez brinda tutela condenando a adoptar tal resolución; y otra bien distinta es reconstruir hipotéticamente el procedimiento pasado y, aplicando una pauta de normalidad (*id quod plerumque accidit*), concluir que la Administración, si hubiera observado la regla que fue efectivamente incumplida, habría adoptado un acto de contenido diverso, favorable a la pretensión del administrado, lo que implica que hay nexo causal, certeza del daño (el lucro inobtenido) y, si el incumplimiento es imputable a la Administración, responsabilidad patrimonial. Esta puntualización es, a mi juicio, de la mayor importancia, no porque en casos como el analizado se afirme el derecho indemnizatorio de la víctima a través de un *iter* equivocado, sino porque ese razonamiento se utiliza a veces para dejar de compensar daños cuya ligazón causal es suficientemente probable. A continuación se aportan algunos ejemplos en este sentido.

3.2. *Algunos casos en que, posiblemente, debió apreciarse la concurrencia del nexo causal*

3.2.1. *La regla de la resarcibilidad privativa del derecho subjetivo. El Dictamen 1697/2002 del Consejo de Estado, de 25 de julio*

El Dictamen del Consejo de Estado de 25 de julio de 2002, núm. 1697 se refiere a la revisión de la resolución de 29 de octubre de 2001, del Almirante Jefe de la Zona Marítima del Estrecho, que resolvió la adjudicación, por el procedimiento abierto y mediante concurso, de un contrato administrativo de «servicios varios» (cartería, lavandería, socorrista, albañilería, fontanería, electricidad y pintura). Además del adjudicatario, habían participado en el concurso otros tres licitadores: uno fue excluido por falta de clasificación y los otros dos aportaron propuestas que fueron valoradas con 3 y 6 puntos, respectivamente. El licitador que mereció los 6 puntos presentó escrito solicitando la revisión de oficio de la resolución y la indemnización por los perjuicios que le ocasionó, calculada en la proporción del 6% sobre el precio ofrecido en su proposición. La Autoridad administrativa tramitó el expediente y, tras varios meses de instrucción, acordó la remisión del expediente al Consejo de Estado para consulta. A juicio del Alto órgano consultivo, procedía anular el acto de adjudicación porque vulneró la prohibición establecida en el artículo 20 k) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas («no hallarse debidamente clasificadas»). Señalaba que la contratista, como resulta del expediente y como ella misma reconoce, no estaba adecuadamente clasificada y, en particular, no estaba en posesión de la clasificación para el Grupo III, Subgrupo 8, categoría A, conforme a lo exigido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. En lo que respecta a la cuestión resarcitoria, el Consejo, después de recordar que en los concursos «la Administración tendrá alternativamente la facultad de adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa, mediante la aplicación de

los criterios establecidos en el artículo 86, sin atender necesariamente al valor económico de la misma, o declarar desierto el concurso», señaló que el licitador interesado «no era titular de un derecho subjetivo a la adjudicación del aludido contrato, sino de una mera expectativa, cuya vulneración no confiere a aquélla el derecho a obtener una indemnización por los gastos sufragados (o con carácter más general por el interés contractual negativo) ni, mucho menos, por el lucro cesante esperado por ella (incluido en el interés contractual positivo). Adicionalmente en este caso, (...) no ha acreditado en modo alguno que la ejecución de este contrato le habría proporcionado efectivamente el beneficio que reclama como indemnización».

Como vemos, el Consejo recomienda denegar la indemnización y se apoya a tal efecto en la regla de la resarcibilidad privativa del derecho subjetivo que, lo hemos dicho reiteradas veces, es radicalmente incompatible con nuestro sistema de responsabilidad patrimonial. Podrá no surgir el crédito indemnizatorio porque no quede acreditado el nexo causal (la alta probabilidad de que es cierto), pero lo que no es de recibo es que, bajo el pretexto de que no hay un derecho subjetivo, deje de realizarse el necesario juicio de causalidad. Por lo demás, parece que en este asunto subsistían aquellos requisitos, pues el curso normal de los acontecimientos habría conducido muy probablemente a la adjudicación del contrato, por lo que, despreciándose, en principio, el reducido margen de aleatoriedad que proporciona la eventualidad de una deserción, hay que concluir, por lo que parece, que hubo conexión causal entre la inobtención de la resolución favorable y la infracción administrativa.

3.2.2. El riesgo de que auténticos lucros inobtenidos vengán reparados como meras posibilidades de ganancia. La sentencia 1/2001 del TAR de Bolzano, de 9 de enero

En Italia no se afirma ya la regla de la irresarcibilidad, incansablemente combatida por la doctrina desde los años sesenta. Ahora bien, es preciso advertir del peligro de que, a través, precisamente, de la figura de la pérdida de oportunidad, queden sin la adecuada reparación daños cuya ligazón causal es segura o altamente probable⁽¹²⁶⁶⁾. A veces parece que el juez se esfuerza en alcanzar las más altas cotas de tutela reparando parcialmente el daño padecido en concepto de pérdida de *chance* cuando, en realidad, está utilizando abusivamente la figura, por defecto, pues, al aplicar al valor de la ventaja final un coeficiente porcentual más o menos proporcionado al grado de aleatoriedad, puede estar otorgando relevancia a elementos de incertidumbre que, por su escasa entidad, deberían marginarse.

Para calibrar la medida de las posibilidades del interesado y, de esta manera, valorar si la jurisprudencia repara como *chances* auténticos lucros

⁽¹²⁶⁶⁾ A este riesgo nos hemos referido, con carácter general, en el Cap. I, ap. III.2.1.1.

cesantes sería preciso disponer de unos elementos de juicio que las sentencias que no siempre proporcionan. Por eso, nos limitaremos, fundamentalmente, a poner de manifiesto el riesgo de que la *chance* acabe siendo un expediente con el que afirmar, más que nunca, la intolerable exigencia de que, para apreciar la certeza del lucro cesante, se demuestre con absoluta seguridad que se habrían obtenido unas ganancias. Para ejemplificar este peligro, y con la necesaria cautela que imponen las mencionadas carencias, puede resultar interesante estudiar la sentencia del TAR de Bolzano, Secc. Autónoma, de 9 de enero de 2001, núm. 1.

El Consejo de Administración del *Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano* adjudicó a una empresa, por el procedimiento negociado, la realización de unas obras por un importe de 2.232.732.741 Liras. Durante el procedimiento, el Instituto decidió autolimitarse estableciendo una previa «*gara informale*» a la que fueron invitadas determinadas empresas, de las que sólo dos presentaron oferta, la que resultó adjudicataria, y otra. Esta última solicitó la anulación de los actos por los que se admitió y seleccionó la oferta de la contraparte así como el resarcimiento del daño. El Tribunal acogió la pretensión anulatoria porque, según dice, no debió admitirse esa oferta. Señala en este sentido que, aunque el procedimiento establecido está caracterizado por los amplios márgenes de discrecionalidad de que dispone el ente adjudicador, lo cierto es que tal discrecionalidad estaba parcialmente agotada, pues se había preestablecido un módulo de oferta y una serie de reglas para la presentación y valoración de las propuestas. El módulo imponía a los candidatos la obligación de presentar un elenco detallado de los precios unitarios relativos a las estructuras termosanitarias y eléctricas. La oferta de la recurrente se acomodó al referido módulo, pero no la de la otra empresa, por lo que, según el Tribunal, estaba afectada por una irregularidad insalvable y no debió admitirse. Siendo imposible la repetición del procedimiento por cuanto, según se dice, había que presumir que, dado el tiempo transcurrido, las obras ya estaban acabadas, el Tribunal estudia la procedencia de ordenar el resarcimiento de los daños derivados de la adjudicación anulada. Señala en este sentido que la solución favorable presupone la certeza de que, si la Administración no hubiera actuado ilegalmente, el contrato habría sido necesariamente adjudicado al recurrente; y que tal certeza no subsiste porque la Administración pudo declarar desierto el procedimiento. Ahora bien, considera que la reclamación resarcitoria puede acogerse al *minus* que representa la pérdida de la *chance* de obtener una ventaja, pues no puede excluirse, en línea teórica y abstracta, la posibilidad de que las obras, en razón de una correcta tramitación, hubieran sido definitivamente adjudicadas al recurrente. Para la valoración, el Tribunal señala que hay que asumir como parámetro el daño globalmente considerado por la no adjudicación, aplicándole un coeficiente de reducción proporcional al grado de probabilidad teórica de consecución. Teniendo en cuenta, la amplitud de los poderes discrecionales de la Administración, que le hubieran podido

permitir declarar desierto ese «concurso virtual», establece la medida de las posibilidades del recurrente en un 10%, fijando así una reducción del 90%.

A mi juicio, en contra del parecer del Tribunal y a la luz de los datos que proporciona, era más que probable que el procedimiento, de haberse conducido limpiamente, hubiera favorecido al recurrente. La oferta de la empresa que resultó finalmente adjudicataria hubo de excluirse, por lo que, en la fase final, sólo el reclamante habría optado a la obtención del contrato. El único factor de incertidumbre que impide afirmar con seguridad que aquél habría obtenido la ventaja apetecida reside en la posibilidad, muy recalcada en la sentencia, de que la Administración hubiera decidido declarar desierto el concurso. El Tribunal adjudica a esta circunstancia una importancia que, en mi opinión, es desmesurada, porque no parece que hubiera un 90% de probabilidad de que la Administración declarara desierto el contrato. En mi opinión, tal porcentaje es mucho menor, tan pequeño que, incluso, debió despreciarse el margen de incertidumbre que expresa y ordenar la reparación de los daños derivados de la no obtención del contrato.

La incertidumbre subsistente es, por lo que parece, una aleatoriedad perfectamente vencible de conformidad con la regla del *id quod plerumque accidit*. Como hemos dicho anteriormente, si se abre un procedimiento de contratación es porque se quiere contratar; su destino natural no es otro que el de la adjudicación a alguno de los competidores(1267). Por eso, considero que, en este tipo de casos, la Administración sólo podrá liberarse demostrando la concurrencia de circunstancias que hubieran aconsejado declarar desierto el concurso, y debe hacerlo, además, de manera concluyente, porque, en caso de duda, el principio *pro damnato* puede obligar al juez, a adoptar la solución que más favorece a la víctima, según hemos visto. Si tal fuera el caso en la sentencia analizada, el Tribunal habría equivocado el fallo igualmente, pues, si lo *normal* era, en esas circunstancias, que el concurso hubiera quedado desierto, el interesado no dispondría de posibilidades reales, por lo que no habría lugar a un resarcimiento por pérdida de *chance* ni, evidentemente, por pérdida de ventaja final.

3.2.3. La SAN de 31 de mayo de 2006

La SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 5ª), de 31 de mayo de 2006, enjuicia un interesante supuesto en el que, quizá, pudo apreciarse que la Administración causó un daño como consecuencia del ejercicio irregular de una potestad discrecional.

En junio de 1997, D. Ramón y su esposa Dña. María Esther suscribieron contrato de compraventa con D. Rebeca, de nacionalidad belga,

(1267) En este Cap., ap. II.2.

cediéndole una titularidad dominical. Se daba la circunstancia de que, según la Ley 8/1975, de 12 de marzo y su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, era preceptiva la autorización de esa compraventa por referirse a una finca melillense situada en zona fronteriza. El Delegado del Gobierno de Melilla denegó la autorización por considerar que la compra del terreno suponía un perjuicio para los intereses de la Defensa Nacional, al encontrarse en el límite de la soberanía, situada en la franja considerada de seguridad y despliegue de unidades. Interpuesto recurso contencioso-administrativo por Dña. Rebeca, el TSJ de Andalucía (Málaga, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. Única) dictó sentencia núm. 2816/2003, de 26 de septiembre de 2003, anulando la resolución.

Según el TSJ, el razonamiento de la resolución impugnada *«no se compadece con la naturaleza del negocio jurídico de la Delegación del Gobierno»*. No se contrataron unas obras que hubieran podido comprometer la seguridad nacional, sino la transmisión de una titularidad que de ningún modo afecta a los intereses generales invocados por la Administración en la resolución denegatoria. Según se dice, resulta indiferente quién sea el propietario de aquélla en cada momento: *«La compraventa cuya autorización se rechaza no afecta al perímetro e instalaciones que definen las zonas de interés para la Defensa Nacional, de seguridad de las instalaciones militares o las instalaciones declaradas de interés militar; y de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, descritas con detalle en el Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero»*. La sentencia resalta que las circunstancias personales de la solicitante no fueron valoradas negativamente en orden a denegar la autorización, precisando que en ningún caso habrían podido tomarse en consideración, pues de lo contrario se impondría una restricción injustificada al derecho a la libre circulación reconocido a los ciudadanos de la Unión Europea. El Tribunal apoya el fallo anulatorio, además, en la figura del precedente administrativo, al que atribuye la capacidad de desvirtuar cualquier argumentación contraria a la autorización pedida: *«debemos referirnos a actuaciones precedentes de la propia Administración demandada que para supuestos similares al de autos, referidos a la misma zona donde se localiza la finca litigiosa e incluso a la finca matriz de la que proviene, no tuvo inconveniente en autorizar sendos contratos de compraventa o negocios jurídicos que puedan dar lugar en su día a la transmisión del dominio, lo que desvirtuaría la argumentación contraria a la autorización pedida»*.

Anulada la denegación, D. Ramón y Dña. María Esther formularon ante el Ministerio de Defensa reclamación de indemnización por los daños derivados de la ilegalidad de la resolución, que fue desestimada por silencio. Recurrieron después ante la AN, que dictó la sentencia de 31 de mayo de 2006. Los recurrentes alegaban que la compradora belga dejó de aceptar los términos del contrato privado suscrito en 1997 y frustrado como consecuencia de la denegación del Delegado del Gobierno; y solicitaban la cantidad de 294.495 € resultante de restar el

precio que en su día abonaron por la finca (1.000.000 Ptas.) de la cantidad que habría pagado D. Rebeca de haber obtenido la preceptiva autorización (50.000.000 Ptas.). Señalaban que durante todo ese tiempo debieron afrontar el coste de la hipoteca en la que se habría subrogado el comprador de haberse realizado el negocio privado; y que no pudieron disponer del beneficio que habrían obtenido por la venta del inmueble. Añadían que las posibilidades actuales de venta son muy inferiores y el precio no llegaría a alcanzar la cantidad que se pactó dada la situación actual del mercado inmobiliario.

La AN desestima el recurso por considerar que *«la pérdida de oportunidad en la compraventa no puede identificarse con un daño efectivo, por cuanto la actora conserva la propiedad del inmueble»*, añadiéndose que *«el cálculo efectuado como importe de la suma a reclamar, no puede identificarse con un daño sufrido, porque, además de que el bien lo sigue conservando la actora, no se ha acreditado una disminución de su valor, sino todo lo contrario, porque según el informe del perito tasador que obra en autos, referido a la “Situación del Mercado Inmobiliario de la Ciudad de Melilla”, donde existe un “latente dinamismo inmobiliario”; que la Ciudad “se puede sumar a la fluctuación genérica nacional que ha sufrido el mercado inmobiliario”, e igualmente, que en Melilla se produce “uno de los mayores incrementos interanuales que se ha producido”»*.

Como puede comprobarse, la cuestión crucial es si la recurrente ha sufrido o no un perjuicio. Parece que, como señala la Audiencia, la cantidad solicitada era desmesurada. Sin embargo, no creo que pueda excluirse que, además de un daño de carácter moral, pudiera apreciarse la existencia de un perjuicio patrimonial. Así, por ejemplo, si la tasación del valor actual de la finca arroja una cifra inferior a la cantidad de 50.000.000 Ptas. Además, podría argumentarse la existencia de otros perjuicios patrimoniales, si, por ejemplo, se dieran prueba de otros negocios o actividades que habrían podido llevarse a cabo con el beneficio de la compraventa(1268). Así pues, si, a través de un examen más detenido del caso, se hubiera apreciado la existencia de algún género de perjuicio, habría debido verificarse si éste tenía relación causal con la denegación ilegal de la autorización. Partiendo de la regulación aplicable y del precedente administrativo, parece que tal daño no se habría producido sin la intervención del hecho ilícito, pues el curso normal del procedimiento habría conducido a la autorización de la compraventa. Hay pues elementos suficientes para afirmar la alta probabilidad del nexo causal, por más que la potestad administrativa de la que dependía la consecución de beneficio contuviera elementos discrecionales.

(1268) Sobre esta cuestión, distinguiendo los casos en que pretende demostrarse la existencia de una posibilidad de

negocio alternativa de carácter abstracto o de tipo concreto, Cap. I, ap. III.2.1.1.2.

Téngase en cuenta que la SAN apoya la desestimación del recurso, además, en un muy discutible argumento. Se trata de una doctrina de inspiración germánica(1269) que fundamenta la responsabilidad patrimonial por acto administrativo ilegal, no en el incumplimiento del deber de la Administración de actuar *secundum ius*, sino en la culpa(1270). Es verdad que, no sin cierta dificultad, pueden disociarse los conceptos de ilegalidad y culpa. La contrariedad a Derecho de un acto no expresa siempre y necesariamente una actuación administrativa negligente, pues cabe que la Administración haya optado por una interpretación razonable de un concepto jurídico indeterminado o una valoración de intereses en absoluto disparatada, que, no obstante, hay que considerar disconforme con el ordenamiento jurídico. Sin embargo, no hay, a mi juicio, dentro del sistema legal de responsabilidad patrimonial, elementos con los que afirmar que la responsabilidad por acto administrativo ilegal requiere la prueba de la culpa de la Administración. De la misma manera que la reparación de los daños derivados del retraso en la resolución del procedimiento o en la defraudación de esperanzas suscitadas con conductas precedentes se basa, no en la culpa, sino en el incumplimiento (imputable) de un deber (el de resolver en procedimiento en el plazo fijado y el de actuar de buena fe, respectivamente); el resarcimiento de los derivados de un acto ilegal debería fundamentarse también en el incumplimiento (imputable) de un deber (el de adoptar una resolución ajustada a Derecho). En estos casos, hay un incumplimiento que, por expresar por sí una anormalidad del funcionamiento del servicio público, puede, a mi modo de ver, justificar la responsabilidad patrimonial *ex* artículo 139 LPC(1271).

4. LA OPORTUNIDAD GENÉRICA O LA PÉRDIDA DE UNA SIMPLE ILUSIÓN: SUPUESTOS DE NULA PROBABILIDAD CAUSAL

4.1. *Consideraciones generales. En especial, la oportunidad genérica de victoria en procedimientos de contratación pública*

En ausencia de elementos agotadores de la discrecionalidad y de datos con que formular un juicio en torno al hecho causal, resulta muy difícil asegurar la existencia de una conexión entre la inobtención de la

(1269) Cfr. F. OSSENBUHL, *Staatshaftungsrecht*, 5ª ed., revis. ampl., C. H. Beck'she Verlagsbuchhandlung, München, 1998, p. 74. También, con referencias jurisprudenciales, H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13ª ed., C. H. Beck, München, 2000, pp. 645-646; W. RUFNER, *Das Recht der öffentlich-rechtlichen Schadensersatz- und Entschädigungsleistungen*, en AAVV, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, coord. Hans-Uwe Erichsen y Dirk Ehlers, 12ª ed., De Gruyter Recht, Berlin, 2002, pp. 708,708; K. WINDTHORST, *Amtshaftung*, en AAVV, *Staatshaftungsrecht*, C. H. Beck, München, 2000, pp. 167-168. Un análisis crítico de esta doctrina en SCHMIDT-LEICHNER, *Haftbefehl und Regreß*, NJW, 1959,

núms. 19-20, pp. 841-853; y B. SCHMIDT, *Der Irrtum des Kollegialgerichts als Entschuldigungsgrund?*, NJW, 1993, núm. 25, pp. 1630-1631.

(1270) La SAN aplica en el caso la doctrina de que «[s]i el acto del que deriva el daño fue dictado en el ejercicio de una potestad discrecional o en la apreciación de un concepto jurídico indeterminado, existe la obligación de soportar el daño cuando la decisión administrativa, amén de respetar los elementos reglados, es razonada y se mantiene en los márgenes de lo razonable».

(1271) Me he ocupado de esta cuestión en *La reparación...*, cit., y *La responsabilidad...*, cit., pp. 225-253, 256-259.

resolución administrativa favorable y la irregularidad cometida por la Administración. Así, por lo general, cuando el tipo de infracción administrativa ha impedido la tramitación del procedimiento o viciado todos los elementos producidos en ella. En tales casos, la Administración ha actuado *contra legem* y el administrado ha dejado de obtener el acto favorable, pero la carencia de información impide adquirir certezas en cuanto a los derroteros que habría seguido el ejercicio de la discrecionalidad y la catalogación de la probabilidad como baja (ausencia de lazo causal), seria (pérdida de *chance*) o suficiente (presencia de nexo causal). Así, por ejemplo, cuando la Administración violó las reglas de competencia o publicidad de una convocatoria, introdujo requisitos discriminatorios que imposibilitaron *ab initio* la participación del particular o se atuvo al procedimiento negociado para seleccionar al contratista cuando procedía el concurso.

Si una Administración *incompetente* adopta un acto administrativo de contenido no estrictamente reglado, puede decirse que la Autoridad que debió encargarse del procedimiento pudo ejercer la potestad de otra manera. Si aquel acto era desfavorable a los intereses del aspirante, éste habrá perdido una oportunidad de acto favorable, pero una oportunidad genérica, que no da derecho a indemnización por frustración de una estricta *chance*, porque, en principio, hay un amplio e invencible margen de aleatoriedad que impide afirmar la seriedad o la suficiencia de la posibilidad de ventaja. Se puede concluir que, en principio, el interesado difícilmente podrá demostrar la subsistencia de una oportunidad específica (probabilidad real) o superespecífica (probabilidad alta) en los supuestos de inobservancia de las reglas competenciales, pues, no valiendo el procedimiento efectivamente tramitado, resulta casi imposible adivinar cómo hubiera resuelto la autoridad competente y determinar la medida de las probabilidades de éxito del interesado⁽¹²⁷²⁾. Lo mismo ocurre cuando el interesado no puede siquiera participar por desconocer la apertura de un procedimiento cuya convocatoria no fue adecuadamente

(1272) Así lo ha puesto de manifiesto F. TRIMARCHI BANFI, *L'ingiustizia...*, cit., pp. 637, 639, 641-642, que habla en estos casos de una *chance* en abstracto, que subsiste sólo por el hecho de tener los requisitos que permiten participar en el procedimiento, y que se opone al concepto (técnicamente útil a los efectos del resarcimiento) de *chance* en concreto, en el que la oportunidad viene considerada, no como mera posibilidad, sino como probabilidad de éxito que debe ser medida para su cuantificación económica. También, siguiendo a esta autora, R. GIOVAGNOLI, *L'elemento oggettivo...*, cit., p. 45. La sentencia TAR Lombardia, Brescia, 14 de enero de 2000, núm. 8, estima la pretensión de anulación del

acto de adjudicación de un concurso de contratación pública por vicio de incompetencia, y, en consonancia con cuanto ha dicho la profesora citada, declina la solución indemnizatoria porque el recurrente no participó en un proceso selectivo ni estaba obligada la Administración a conferirle el contrato, por más que tal solución fuera posible en abstracto. Parece que, en este caso, acertó el Tribunal, pues, según dice, lo que tenía el interesado era una simple «*aspettativa generica*». Lo que ocurre es que la sentencia no se limita a negar la existencia de una *chance* en el caso concreto, sino que, parece repudiar en general, para todos los supuestos, la configurabilidad de un daño por pérdida de oportunidad.

publicada o por no cumplir un requisito ilegalmente establecido. Se carece de los datos con apoyar la hipótesis de que la Administración ocasionó el daño.

Ante la ausencia de información y la necesidad de resolver en torno al elemento causal a través de un juicio racional de valoración, puede acudir a la probabilidad matemática y, de este modo, razonar si la irregularidad produjo o no la inobtención del acto favorable. Según vimos, la jurisprudencia italiana e inglesa se ha fijado en el número de participantes para aplicar el teorema de Laplace y, de este modo, hallar el coeficiente de probabilidad de que el recurrente venciera una competición o concurso⁽¹²⁷³⁾. Conforme a este método, se asume que todos los candidatos reunían las mismas condiciones y que, consecuentemente, tenían las mismas posibilidades. De este modo, habría de rechazarse la causalidad si, atendido el estándar de certidumbre (*id quod plerumque accidit*: 80%), la probabilidad matemática es insuficiente, en cuyo caso podría estarse ante una hipótesis de pérdida de *chance*. Proyectado sobre los casos que estamos tomando en consideración, caracterizados por la deficiente información con que cuenta el juzgador para pronunciarse sobre el hecho causal, esta pauta implica dividir uno (caso favorable: adjudicación al recurrente) entre el número de aspirantes más uno si la Administración podía no resolver a favor de ninguno (caso posibles).

El problema es que en algunos de los supuestos analizados se desconoce incluso el número de participantes. Para solventarlo y, de este modo, proporcionar un juicio racional en torno a la procedencia o no de afirmar el nexo causal o aplicar la doctrina de la *chance*, el Consejo de Estado italiano ha propuesto un interesante criterio, basado en la averiguación del número de sujetos que compitieron en procedimientos similares convocados anteriormente por la misma Administración. Si en ellos el número era muy amplio, puede presumirse, con base en un criterio de normalidad, que, en el concurso virtual o hipotético que habría tenido lugar de no haber intervenido el hecho ilícito, habría participado una cantidad similar de personas. Aplicado en este caso el teorema mencionado, resulta que la probabilidad matemática de que el recurrente resultara adjudicatario es prácticamente nula, por lo que habría que concluir que la inobtención del acto favorable no es imputable a la Administración. Existiendo ese único factor con el que realizar la valoración pronóstica, el grado de probabilidad de cada uno habría de medirse así en abstracto, adjudicando coeficientes paritarios de probabilidad de tal manera que, si fueran diez los interesados cuya participación se presume, el coeficiente de realización sería del 10% o 1/10, y esta cifra expresa un margen despreciable de probabilidad que impide afirmar la seriedad de la *chance* y también, por tanto, la realidad del lucro cesante. En cambio, si el número era menor, el mismo razonamiento conduciría a cifras que revelan la subsistencia de posibilidades razonables de consecución; unas posibilidades cuyo coeficiente de realización superaría la barrera del 15%, que es el límite que, a efectos prácticos, puede

(1273) Vide Cap. III, ap. III.3.2.1.

establecerse convencionalmente para distinguir la probabilidad irrelevante de la seria o real, que no permite apreciar la existencia de nexo causal, pero sí aplicar la doctrina de la *chance*(1274).

El *Consiglio di Stato* ha expresado esta idea en la sentencia de 18 de diciembre de 2001, núm. 553(1275). El asunto trata de una oportunidad que, en principio, se presentaba como genérica, pues la recurrente era una empresa que se vio perjudicada por la decisión de la Administración de negociar directamente, sin procedimiento público alguno, la contratación de unos servicios de asistencia técnica, asesoría y control en relación con el asfaltado, mantenimiento y señalización de unas carreteras. La recurrente había obtenido previamente la anulación del acto de adjudicación y solicitaba el resarcimiento del daño. La sentencia empieza afirmando la dificultad de calcular las probabilidades concretas de que disponía el reclamante, subrayando las diferencias de este supuesto con los de exclusión de licitadores o adjudicación ilegal en procedimientos públicos efectivamente tramitados: «*En supuestos de exclusión o de no adjudicación, ha habido un concurso público y una oferta de la empresa excluida o no adjudicataria susceptible de comparación con las demás ofertas. En tales casos es posible comprobar virtualmente cuál habría sido el resultado del concurso si hubiera participado la empresa excluida y se hubieran valorado correctamente las ofertas; y si de la comprobación resulta que la empresa habría sido adjudicataria, es fácil cuantificar el daño en la medida del beneficio inobtenido (lucro cesante)*». En cambio, si el procedimiento no ha tenido lugar o el aspirante no pudo participar en él, «*es imposible una valoración pronóstica y virtual del resultado de un concurso que nunca fue. No pueden preverse cuáles y cuántas ofertas habrían sido presentadas si hubiera habido concurso, qué oferta habría presentado la empresa que solicita el resarcimiento, si tal oferta habría sido o no victoriosa*». En estos supuestos, dice el *Consiglio*, no es sencillo utilizar siquiera la «técnica» de la pérdida de oportunidad: «*si tal técnica es de fácil aplicación en el caso de que haya habido un concurso, de modo que sea notorio el número de participantes, bien entendido, resulta de compleja aplicación cuando un concurso jamás ha tenido lugar*». Ahora bien, este Alto órgano considera que se trata de dificultades superables, pues «*podría seguirse el camino de hipotetizar a través de medias y presunciones cuál habría sido el número de participantes del concurso si hubiera tenido lugar (sobre la base de datos relativos a concursos similares sustanciados por el mismo Ente) y de dividir el 10% del precio base del concurso entre el número presunto de participantes: el cociente constituye la medida del daño resarcible*». El *Consiglio* declina finalmente indemnizar aplicando este criterio, dado que la pérdida no era definitiva, pues era posible condenar a la Administración a la renovación del procedimiento(1276). Pero, en cualquier caso, sienta *obiter dictum* una valiosa pauta que, como hemos visto, puede servir para afirmar la seriedad de *chances* que, en principio, se afirman como ilusorias por estar dotadas de amplísimos márgenes de aleatoriedad. Como veremos al abordar específicamente algunos casos de pérdida de *chance* en sentido técnico, esa pauta, que viene aplicando el juez civil

(1274) Sobre este porcentaje, Cap. IV, ap. IV.

(1275) Urb. app., 2000/6, con coment. A. SUSCA, *Il risarcimento...*, cit., pp. 700-710.

(1276) Se aplicó el criterio de que la

incertidumbre causal que habilita el libramiento de una indemnización parcial ha de ser irreversible, que se ha analizado en Cap. I, ap. III.2.1.2.

para tutelar oportunidades de promoción profesional, está siendo asimismo utilizada por algunos Tribunales Administrativos Regionales.

4.2. *La oportunidad de acceso o promoción funcional*

El Consejo de Estado español se ha ocupado en alguna ocasión de consultas referidas a oportunidades que, en principio, se presentan como genéricas, es decir, a hipótesis en que el grado hallado de probabilidad es tan pequeño que no puede afirmarse el nexo causal ni aplicarse la doctrina de la pérdida de *chance*. Nos vamos a referir, en primer lugar, a un asunto, que fue dictaminado por este Alto órgano consultivo en el Dictamen de 15 de julio de 1999, núm. 2076, del que conocemos, además, la labor del instructor, la resolución final del Ministro del Interior y la sentencia que, por razón del recurso contencioso interpuesto contra esa resolución, dictó la Audiencia Nacional el 26 de octubre de 2001.

La consulta fue planteada en relación con un expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública tramitado en virtud de reclamación formulada por un policía nacional sancionado el 17 de mayo de 1995 como autor de una falta disciplinaria grave. El hecho sancionado era el extravío del radiotransmisor portátil que tenía a su cargo, con ocasión de un servicio policial realizado el día 30 de diciembre de 1993, al tener que penetrar por el butrón realizado en el techo de un bar por unos ladrones. Habiéndosele impuesto 5 días de suspensión de funciones, mostró su disconformidad y acudió a la vía jurisdiccional. La Sala de lo Contencioso-Administrativo (Secc. 7ª) del TSJ acogió el recurso 1215/95, estimando que, dadas las condiciones en que se produjo el extravío, no procedía calificar su conducta como constitutiva de una falta grave (sentencia de 25 de mayo de 1997). Añadió que, caso de estimarse constitutiva de una falta leve, ésta se encontraría prescrita, por lo que, en definitiva, procedía anular la resolución sancionadora. Formulada por el policía nacional pretensión resarcitoria ante el Ministerio del Interior, por responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el ejercicio de la potestad disciplinaria, le fueron abonados, durante la tramitación del expediente, los atrasos correspondientes a los haberes dejados de percibir. No obstante, el interesado mantuvo su reclamación, al solicitar que se le abonaran, además, los intereses devengados por los haberes tardíamente liquidados y que se le indemnizara por el daño moral y profesional que se le había producido como consecuencia de no haber podido participar en prueba de ascenso a oficial celebrada en 1995. Pedía que la indemnización se fijara en la diferencia existente entre la suma que percibiría como oficial y la percibida como policía nacional. Cuantificados los señalados intereses por el instructor en 7.718 Ptas., el mismo formuló propuesta de resolución consistente en que se abonara al reclamante, además, en concepto de daño moral, la suma de 10.000 Ptas., estimada razonable, por la exclusión de participar en la prueba de ascenso como efecto perjudicial ligado a la sanción ilegal-

mente impuesta. Conferido trámite de audiencia, el reclamante mostró su conformidad con la suma liquidada en concepto de intereses, pero insistió en que la indemnización en concepto de daño moral debía cifrarse en 50.000 Ptas. Evacuada la consulta al Consejo de Estado, éste emitió Dictamen, haciendo constar que el perjuicio correspondiente a la pérdida de la expectativa de participar en las pruebas de ascenso había sido razonablemente valorado por el instructor. El Ministro del Interior puso fin al expediente mediante resolución de 8 de febrero de 2000, en la que, de acuerdo con el instructor, el informe de la Abogacía del Estado y el Dictamen del Consejo de Estado, señalaba que el daño controvertido era el aducido por el reclamante por su exclusión de las pruebas de ascenso a la categoría oficial durante el año 1995. Hizo constar que, de haber participado en ellas, el reclamante podría haberlas superado o no y que las expectativas de derechos no son evaluables económicamente, por lo que, siendo sumamente difícil valorar el daño moral causado, había que estimar pertinente fijar una «*indemnización simbólica*» de 10.000 Ptas. Disconforme el reclamante con dicha resolución, acudió a la vía judicial, en la que la Sala de lo Contencioso-administrativo (Secc. 1ª) de la Audiencia Nacional acogió la demanda (sentencia de 26 de octubre de 2001). Se estimó que existían perjuicios derivados de no haber participado el demandante en las pruebas para promoción a categoría superior dentro del propio Cuerpo Nacional de Policía, con los gastos y esfuerzos que hubo de hacer y que de momento resultaron estériles, así como del hecho incuestionable de que, en el mejor de los casos, sus aspiraciones habían de demorarse hasta que se produjera una nueva convocatoria. La Audiencia consideró razonable fijar la indemnización en 42.282 Ptas.(1277).

Como vemos, las diversas instancias que se ocuparon del asunto consideraron que las posibilidades de éxito del policía en las pruebas de ascenso a las que no pudo presentarse eran inciertas. Tal apreciación parece correcta, pues, dadas las circunstancias del caso, no hay material instructorio que pudiera revelar la concreta consistencia de las probabilidades de causalidad. Por eso parece adecuado el criterio del Consejo de Estado y la AN de negar la subsistencia de una pérdida de lucro o de la posibilidad estricta de obtenerlo, pero no por «*el carácter inevaluable de la expectativas de derecho*», sino por la inexistencia de nexo causal entre la irregularidad administrativa y la inobtención del acto administrativo apetecido. Sin embargo en los pronunciamientos manejados no se atisban los datos y criterios con arreglo a los cuales se concluye que no había

(1277) La sentencia reconoce una indemnización de 50.000 Ptas., pero hace constar que se trata de una cantidad global, dentro de la cual se incluyen los intereses que ya le habían sido reconocidos en el expediente administrativo, por lo que, teniendo en cuenta que el importe de éstos

estaba cifrado en 7.718 Ptas., la suma que se reconocía al demandante es la indicada en el texto, frente a las 50.000 Ptas. que había reclamado en relación con la imposibilidad de participar en las pruebas de ascenso a la categoría de oficial.

conexión causal ni posibilidad real de que el funcionario superara una prueba de ascenso. Pudieron quizá ponderarse circunstancias tales como los resultados obtenidos por la víctima en exámenes del mismo tipo, el grado de dificultad de las pruebas o el número de competidores. Con estos datos, podría haberse realizado un juicio pronóstico que, referido al procedimiento en el que hubiera podido participar el administrado de no haber sido injustamente sancionado, arrojaría la conclusión razonada de que las posibilidades de éxito eran muy bajas y que, consecuentemente, el aumento salarial dejado de percibir no constituye un daño imputable a la Administración; muy altas, en cuyo caso habría abonarse tal aumento; o serias, pero insalvablemente inseguras, pudiéndose aplicar la doctrina de la *chance*.

Pero ciñéndonos al caso, lo que interesa resaltar es que, pese a entenderse que no había pérdida de oportunidad, se condenó a la Administración a abonar una cantidad en concepto de daño moral porque, en palabras de la Audiencia, «*no existe duda de la existencia de un perjuicio derivado de la imposibilidad de concurrir a las pruebas*». Este daño moral se presenta como un perjuicio personal distinto del que representa la pérdida de una *chance* y desprendido, en su apreciación, de las concretas posibilidades de éxito del interesado. Se emplea de este modo el criterio que maneja a veces la jurisprudencia civil en supuestos de responsabilidad civil de profesionales legales consistente en acudir al daño moral para eludir la tarea afirmar o negar la existencia del nexo causal a través de un juicio de racionalidad que aquilata todas las informaciones disponibles⁽¹²⁷⁸⁾. En lugar de examinar si había una probabilidad seria (*chance*) o suficiente (causalidad) se adjudica una cantidad cualquiera en concepto de daño moral. Esta solución está en sintonía, además, con la tendencia propia de los jueces españoles a fundamentar la doctrina de la *chance* en el ámbito de la perjudicialidad personal. Según hemos visto, esta postura justifica el otorgamiento de una indemnización reducida en concepto de daño moral cuando parece imposible asegurar que el hecho ilícito fue *condicio sine qua non* del perjuicio padecido. En supuestos de responsabilidad civil de abogados o procuradores se identifica ese daño con la lesión del derecho a obtener un pronunciamiento jurisdiccional. En el asunto considerado nada se dice al respecto, pero el detrimento personal resarcido parece ser la violación de un derecho a la correcta tramitación del procedimiento. Pues bien, tal género de argumentación resulta, según dijimos, ciertamente artificiosa, sobre todo si se tiene en cuenta que esos daños morales dejan de indemnizarse cuando resulta acreditado que la víctima habría obtenido la resolución (administrativa o judicial) favorable. Cuando la presencia del nexo causal es indubitada, los jueces indemnizan la pérdida de la utilidad deseada, pero se desentienden del perjuicio personal derivado de la imposibilidad de acceder

(1278) Me he ocupado de esta jurisprudencia en los Capítulos IV (ap. III.2.3) y VI (aps. III.3.2 y III.4).

al procedimiento administrativo o proceso jurisdiccional correspondiente. Tal circunstancia revela cómo, en realidad, el daño moral es un recurso al que se acude para encubrir una indemnización parcial de un daño que, por ser incierto, no debería, en puridad, ser objeto de reparación. En otro lugar he tratado de demostrar que, para aplicar la teoría de la oportunidad perdida en este tipo de caso, no es preciso acudir a la ficción de que se resarce un daño moral o la pérdida patrimonial que entraña la privación de la *chance* en sí. Cabe aplicar por analogía los artículos 2.7 de la Directiva 92/13/CEE y 63 de la Ley 48/1998, que reconocen el crédito resarcitorio del licitador que sólo puede demostrar que, de no haber mediado la infracción, hubiera tenido posibilidades reales de resultar adjudicatario(1279).

La STSJ de Aragón núm. 71/1997, de 1 de febrero (RJCA 1997, 1221) parece acudir también al expediente del perjuicio personal. La actora iba a presentarse a las pruebas para ingreso en el Cuerpo Auxiliar de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón (Escala Auxiliar Administrativo). El primer ejercicio era de carácter eliminatorio y consistía en la reproducción a máquina durante diez minutos del contenido de un texto propuesto por el Tribunal, exigiéndose una velocidad mínima de 250 pulsaciones por minuto y valorándose su correcta ejecución. Cinco días antes, la interesada elevó al Presidente del Tribunal escrito pidiendo el aplazamiento del examen por sufrir una lesión que le imposibilitaba material y objetivamente realizarlo adecuadamente. Denegada la solicitud, recurrió sin éxito ante el Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales, primero, y ante el TSJ de Aragón, después, que dictó la sentencia mencionada. Se estima que el Tribunal incumplió las bases de la convocatoria, que permitían a los interesados pedir aplazamiento si demostraban la concurrencia de una fuerza mayor. Se dice, además, que el retraso no hubiera ocasionado ninguna alteración para el desarrollo del ejercicio. Se entiende, en fin, que el acto denegatorio es nulo y que procede indemnizar la cantidad de 251.000 Ptas., 1.000 «*en concepto de abono por derechos de examen*»; y 25.000 «*por los perjuicios ocasionados*». El Tribunal no explicita cuáles son estos *perjuicios ocasionados*. Muy probablemente, se trata del daño moral que se reconoce en casos similares, cuando resulta imposible asegurar la concurrencia del nexo causal.

En cualquier caso, los pronunciamientos mencionados revelan el cambio de sensibilidad que, respecto del problema de la incertidumbre causal, viene produciéndose en los últimos años. En asuntos similares informados con anterioridad, el Consejo de Estado ha desaconsejado el resarcimiento. Un magnífico ejemplo es el Dictamen de 14 de julio de 1966, núm. 34992. La Orden de 18 de octubre de 1963, de provisión de la plaza vacante de Jefe del Servicio Central de Juntas de Detasas, fue anulada por STS de 28 de enero de 1966. El señor X elevó instancia al Ministerio, sosteniendo que la Orden «*creó una situación anormal que le había producido daños morales y materiales, por cuanto había impedido su aspira-*

(1279) Vide Cap. VII, ap. IV.

ción de ser jubilado después de alcanzar un alto cargo administrativo». Defendía que se le privó del derecho a solicitar la vacante y de justificar su pretensión alegando una concurrencia de méritos y circunstancias que, a su juicio, le hubieran hecho acreedor de dicha plaza; y que se le impidió percibir las retribuciones extrapresupuestarias que hubiera cobrado en el desempeño del cargo hasta la fecha de su jubilación. El Consejo informó desfavorablemente la reclamación por entender que el daño alegado no era efectivo «por cuanto el perjuicio ocasionado al solicitante por la Orden ministerial anulada por el Tribunal Supremo no pasa de ser un simple “perjuicio eventual”, esto es, un perjuicio susceptible de producirse, pero de producción efectiva incierta. El señor X —caso de haberse acomodado a Derecho la provisión de la vacante resuelta por la Orden Ministerial anulada— pudo, acaso, ser nombrado para dicha plaza, pero pudo también no haberlo sido, posibilidad ésta no remota ni impensable», señalando que hay que tener presente que la regulación aplicable «confiere, en definitiva, a la Autoridad ministerial libertad de designación del funcionario que hubiere de ocupar la plaza». El órgano consultivo añade que la sentencia, «al recomponer el ordenamiento jurídico violado mediante la anulación del acto de provisión», no ha impedido el mantenimiento de una situación injusta que afectaba al señor X, pero tal situación «afectaba a cualquier otro funcionario». Además, «la situación jurídica del señor X (...), alegada como fuente de perjuicio, no pasa de ser la de titular de un interés legítimo en que la Administración acomode su actuar en Derecho, por cuanto que no le es indiferente que la Administración obre o no ilegalmente; en este sentido ha podido recurrir con éxito frente al acto administrativo de provisión de la plaza. Ahora bien, la justicia material queda satisfecha desde el momento en que, accediendo a lo solicitado por el interesado, el Tribunal Supremo ha ordenado —y el Ministerio acatado— la anulación de lo actuado».

Tratándose de un supuesto en el que la Administración albergaba amplios márgenes de valoración, y en ausencia de los datos que hubieran podido conformar la convicción de que el interesado disponía de serias posibilidades de acceder al cargo auspiciado (como el número de aspirantes potenciales o el currículo del interesado y su trayectoria profesional), no podemos saber si acertó o no el Consejo de Estado al desaconsejar la estimación de la pretensión enarbolada. En cualquier caso, sólo debió hacerlo, según venimos diciendo, después de comprobar la escasa entidad de la oportunidad y, desde luego, sin apoyarse en la criticable regla de la irresarcibilidad del interés legítimo. Por lo demás, parece que, al margen de un perjuicio moral o extrapatrimonial, es posible que el funcionario albergara alguna posibilidad de obtener un puesto mejor; posibilidad «no remota ni impensable», según la califica el propio Consejo, que fue truncada de manera radicalmente irreversible, porque, habiéndose jubilado, no podía ya aspirar a promocionar en el renovado procedimiento de adjudicación de la plaza deseada o en algún otro(1280).

(1280) Los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*Curso...*, t. II, cit., p. 383), al referirse al Dictamen expuesto, señalan que la solución afirmada

5. LA OPORTUNIDAD ESPECÍFICA O PÉRDIDA ESTRICTA DE «CHANCE»: SUPUESTOS DE PROBABILIDAD CAUSAL SERIA Y REAL

5.1. *Planteamiento*

Hay pérdida de una *chance* estricta de resolución favorable cuando subsisten elementos reductores de la discrecionalidad u otros factores que revelan que, con una correcta tramitación, el acto positivo podría, razonablemente, haberse conseguido, pero también dejarse de conseguir. Son casos en los que hay suficientes datos para negar que las posibilidades de la víctima fueran ilusorias o quiméricas (mayores del 15%), pero no tantos para afirmar que, de acuerdo con el curso natural de los acontecimientos, la ventaja se obtendría normalmente (menores del 80%). Hay entonces derecho a una reparación del daño, que no es total (no hay relación de causalidad entre la actuación del agente dañoso y la pérdida de la ventaja), sino parcial y acomodada a la probabilidad de victoria en el procedimiento correspondiente. Partiendo de la jurisprudencia italiana, integrada fundamentalmente por supuestos relacionados con oposiciones y concursos públicos de acceso o promoción y, sobre todo, con procedimientos de contratación administrativa, podemos dar cuenta de algunos supuestos de pérdida de *chance* en sentido estricto y llevar a cabo unas ulteriores consideraciones en torno a este concepto⁽¹²⁸¹⁾.

5.2. *La «chance» de victoria en procedimientos de contratación*

5.2.1. *Algunos buenos ejemplos de la jurisprudencia territorial italiana*

La sentencia del TAR de Lombardía (Secc. III), 23 de diciembre de 1999, núm. 5049, se refiere a un procedimiento para la adjudicación de un contrato de servicios de limpieza en el que la empresa recurrente quedó clasificada en segundo lugar, por detrás de la cooperativa que resultó finalmente adjudicataria. El Tribunal acogió, en parte, el recurso interpuesto por aquella, anulando todos los actos del procedimiento y, en particular, los de invitación y adjudicación porque dejó de respetarse la normativa comunitaria y, especialmente, porque no se aplicó correctamente el método de la oferta económica más ventajosa: no hubo prefijación de los criterios de adjudicación, ni se condujo el procedimiento en coherencia con aquel método, seleccionándose la oferta atendiendo únicamente a su dimensión estrictamente económica. Siendo imposible

por el Consejo de Estado es «demasiado drástica y poco conforme, además, con la amplitud de la fórmula legal, que incluye, sin violencia alguna todo tipo de daños, incluidos, por supuesto, los que la pérdida de oportunidades reales».

⁽¹²⁸¹⁾ Para una visión de conjunto sobre esta jurisprudencia, con mención de

sentencias recientes, G. GARRI, *La quantificazione del danno*, en G. GARRI/R. GIOVAGNOLI, *Responsabilità civile delle Amministrazioni e dei dipendenti pubblici*, ita edizioni, Torino, 2003, pp. 106-121; P. GAROFALI/A. LIBERATI, *La responsabilità della pubblica amministrazione e dei suoi dipendenti*, Giuffrè, Milano, 2005.

la condena a la repetición del procedimiento, el TAR analizó las posibilidades resarcitorias del recurrente, esforzándose en determinar en qué medida un concurso acomodado a Derecho hubiera finalizado con una resolución favorable. Concluye que la recurrente pudo hacer valer un posibilidad seria y real de victoria («una possibilità di suceso presumibilmente non priva di consistenza») toda vez que era ya titular del servicio y que, en el procedimiento anulado, ocupó el segundo puesto de la clasificación. La sentencia no resuelve específicamente el problema de la concreta cuantificación del daño por pérdida de *chance*, pues maneja el novedoso instrumento establecido en el artículo 35 del Decreto Legislativo 80/98, en virtud del cual, el Tribunal puede optar por fijar los criterios que informen una negociación entre las partes del *quantum* resarcitorio(1282). Se ordenó a la Administración que realizara una propuesta que tuviera en cuenta: el importe base del procedimiento; un porcentaje de utilidad presumible del 10%; y «un coeficiente reductor correlativo a las probabilidades de que el recurrente venciera el concurso».

La resolución judicial, desde la perspectiva de la *chance*, es escrupulosamente correcta, pues, a la hora de fijar las bases de la negociación que tiene que abrirse entre la Administración y la sociedad perjudicada, establece que tienen que computarse los dos parámetros imprescindibles, constituidos por el valor de la ventaja final frustrada (10% del importe del base del contrato) y el grado de probabilidad con que se contara en orden a la consecución de la adjudicación.

Resulta también muy interesante la sentencia del TAR de Emilia-Romaña, Bolonia (Secc. I), de 17 de abril de 2002, núm. 592(1283). De conformidad con el Decreto del Presidente de la República 384/2001, la Universidad de Bolonia procedió a contratar servicios de custodia y vigilancia para la *Sala universitaria di studio ed elaborazione tesi* del *Istituto San Filippo Neri*, sito en la ciudad de Módena. Aunque la normativa mencionada permitía entablar negociaciones sin sujeción a procedimiento competitivo alguno, el TAR consideró que la Universidad había autolimitado su inicial discrecionalidad, vinculándose a la realización de una «gara informale» y obligándose a invitar a todas las asociaciones estudiantiles que lo hubieran solicitado. La parte recurrente, que era una de tales asociaciones, se consideró perjudicada por no haber sido invitada. Para el TAR, esta omisión estaba injustificada, por más que, como alegó la defensa, fuera cierto que no estaba inscrita en el registro de asociaciones

(1282) Sobre este sistema, sus ventajas (inmediatez en la obtención del resarcimiento) e inconvenientes (conflictividad entre la víctima y la Administración), V. CARBONE, *Provvedimento illegittimo e dannoso: il nuovo orientamento della giustizia amministrativa*, *Danno resp.*, 2001/3, pp. 314-316; M. DE PALMA, *La decisioni del giudice amministrativo sul risarcimento del danno: la procedura*

di determinazione del danno di cui all'articolo 35 d. lgs. N. 80/98, en E. R. GAROFOLI/G. M. RACCA/M. DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 483-501.

(1283) En www.filodiritto.it, consulta de 15 de diciembre de 2003.

estudiantiles reconocidas por el Ateneo. Bien pudo exigirse la inscripción, pero, según dijo el Tribunal, la documentación obrante en el expediente revela que, de hecho, no se impuso este requisito ni fue determinante en la adjudicación. Esto comporta, según el Tribunal, que la demandante sufrió la pérdida de una *chance* que está irremediablemente sacrificada al haberse ya estipulado el contrato. Afirmada la existencia del daño, se estimó en orden a su cuantificación que debía liquidarse dividiendo el valor del contrato (establecido presuntivamente en 2066 €) entre el número de participantes, incluida la recurrente. Siendo sólo dos las asociaciones que presentaron ofertas, el Tribunal valoró la pérdida de oportunidad en un 50% del lucro inobtenido (1033 €).

Estamos ante otro asunto en el que se utiliza la doctrina de la *chance* en su expresión más coherente; y, a su vez, al tenerse que encarar precisamente la medición del grado de probabilidad con que la recurrente contara de obtener la ventaja pretendida, la ausencia de datos sobre tal particular lleva a adjudicar el mismo grado de probabilidad a las dos asociaciones concursantes, entendiendo que, estando ambas en iguales condiciones, cada una contaba con una probabilidad del 50% de obtener la adjudicación de los servicios en concurso.

Los antecedentes de la sentencia de esta misma instancia jurisdiccional, de 31 de enero de 2001, núm. 237, se remontan a la fecha en la que la sociedad que gestionaba en la ciudad de Rávena un Hospital decidió convocar un concurso para la adquisición, según el criterio de la oferta más ventajosa, de un litotritorio extracorporal (valorado aproximadamente en 1.500.000.000 L. y destinado a la Unidad de Urología). Tras la baremación de las dos ofertas presentadas, el concurso fue resuelto a favor de la sociedad a la que se le habían adjudicado 85,5 puntos. La segunda clasificada había obtenido 83 puntos y solicitó del TAR la anulación de los actos de convocatoria, invitación, valoración técnica de las ofertas y adjudicación; así como el resarcimiento del daño. Afirmada la validez de la convocatoria y la modalidad de adjudicación que ésta establecía, el TAR estimó la pretensión de anulación del resto de las actuaciones por violación de los principios de secreto de las ofertas y *par condicio* de los competidores. Señala que es doctrina jurisprudencial consolidada que el momento de la apertura de plicas y conocimiento de las ofertas nunca puede preceder al de fijación de los criterios con que han de valorarse tales ofertas. El mantenimiento del secreto garantiza, dice el Tribunal, la igualdad de armas de los interesados y la imparcialidad en el establecimiento de las pautas de valoración. En el caso, el ente adjudicador no observó estos principios, pues la definición de las pautas con que fueron puntuadas las ofertas tuvo lugar después de la apertura de plicas, teniendo en cuenta, además, que uno de los miembros de la Comisión adjudicadora era el Presidente del Colegio Técnico que elaboró los criterios de valoración y que, por tanto, tuvo de antemano conocimiento de toda la documentación presentada. En cuanto al resarci-

miento del daño, la sentencia señala que, siendo inválida la adjudicación y las actuaciones previas a la valoración de las ofertas, hay que excluir la subsistencia de un perjuicio conectado con la falta de adjudicación, pero hay que admitir la de un daño por pérdida de una *chance*. Para el TAR, el segundo puesto en la clasificación, la escasa diferencia entre los puntos de la adjudicataria con la recurrente (3,5) y el elevado número de contratos del mismo tipo celebrados anteriormente por la segunda (que, según se dice, fue debidamente documentado) exigen presumir que la oferta era de calidad y validez técnica y, por tanto, que subsistían serias posibilidades de que la adecuada conducción del procedimiento hubiese finalizado con la adjudicación a favor de ella(1284). Dado lo anterior, el Tribunal subraya la dificultad de cuantificar este tipo de daño, procediendo a valorarlo equitativamente en 500.000 L.

De acuerdo con los antecedentes reseñados, parece claro que la sociedad recurrente no contaba con la certeza de que se le hubiera adjudicado el contrato si los requisitos de la licitación se hubieran cumplido escrupulosamente; y se aprecia con acierto la pérdida de la oportunidad de conseguir la ventaja de la adjudicación. Pero, en el trance de valorar este concreto perjuicio, se prescinde del cálculo probabilístico que sería de rigor. En principio, parece que, por la proximidad de las puntuaciones obtenidas, y aun sin ponderar que las pautas de valoración se establecieron después de conocerse las ofertas presentadas y las otras circunstancias concurrentes, puede estimarse que el porcentaje de probabilidad de conseguir el contrato sería, por lo menos, del 50%. Resulta en cierto modo llamativo que, para valorar el daño por la oportunidad perdida, se prescinda completamente de estas probabilidades, cuando previamente se han fijado los parámetros que lo hacían posible; y que, en su lugar, se acuda al mecanismo subsidiario de la equidad, que es al que hay acudir de acuerdo con lo que establece el artículo 1226 del *Codice* cuando, probada la existencia del daño, no se ha demostrado cabalmente su cuantía. Pero es que es más llamativo todavía que, teniendo en cuenta el valor del aparato que se trataba de suministrar, la frustración de la oportunidad de la adjudicación se valore en una cantidad que, ciertamente, parece simbólica, máxime cuando se puntualiza que se ha ponderado la ausencia de indicaciones sobre los gastos soportados por la recurrente con ocasión de su participación en el concurso.

5.2.2. *El problema de la reparación de la oportunidad perdida cuando cabe aún la condena a la repetición del procedimiento: La sentencia del «Consiglio di Stato» de 31 de marzo de 2006*

El Consejo de Estado italiano se ha ocupado de la teoría de la oportu-

(1284) Literalmente, declara: «il Collegio ritiene che le illegittimità procedurali che hanno portato all'annullamento della gara in questione hanno comportato, con ragionevole cer-

teza, la perdita delle chances legate alla partecipazione alla gara, e, quindi, hanno cagionato un danno patrimoniale risarcibile».

tunidad perdida en su importante sentencia de 31 de marzo de 2006 (Secc. VI) en relación con una *gara di affidamento*. La recurrente, la empresa «Ati Eac», compitió con «Ati la Linea» en un procedimiento para la adjudicación de los servicios automovilísticos de transporte de personas en la ciudad de Mestre. Se valoró su oferta con 86'53 puntos, mientras que la otra participante obtuvo 83'50, resultando adjudicataria. El TAR del Veneto desestimó el recurso que aquélla interpuso contra los actos del procedimiento. Apelada la sentencia, el Consejo de Estado dictó el pronunciamiento en cuestión, declarando la ilegalidad de la actuación administrativa y el derecho al resarcimiento en concepto de pérdida de *chance*.

La sentencia considera que el *modus operandi* prefijado por la Administración para la selección de la oferta es contrario a los principios de no discriminación y transparencia. La Administración contratante estableció en el acto de la convocatoria los criterios de valoración, pero remitió a la *comissione di gara* la graduación de varios de ellos. A juicio del Consejo de Estado, los potenciales aspirantes debieron conocer desde el principio esos criterios con el fin de evitar el peligro de que la comisión realizara una puntuación *ex post* y a placer de las ofertas, determinando el resultado del procedimiento después de conocer el perfil de los concretos solicitantes. Se considera de este modo que el sistema establecido otorgaba a la comisión adjudicadora un poder que no era de simple especificación de las pautas generalmente contempladas en la convocatoria. Tal conclusión se apoya en la normativa italiana aplicable y, además, en la jurisprudencia del TJCE (sentencia de 17 de septiembre de 2002, C 13/99, *Concordia Bus Finland*, entre otras), para la que los criterios de adjudicación definidos por la Administración contratante han de mencionarse en la convocatoria y deben estar ligados al objeto del contrato, sin que puedan conceder una libertad incondicionada de elección.

La irregularidad mencionada justifica, según el Consejo de Estado, la anulación de los actos del procedimiento. Se añade que, dada la discrecionalidad del método de selección establecido, no procede condenar a la adjudicación de los servicios a la empresa recurrente. Se establece, consecuentemente, que la Administración debe repetir el procedimiento y valorar cuáles son los instrumentos idóneos para garantizar la realización del servicio. En cuanto a la pretensión resarcitoria, se dice que, en principio, debería rechazarse bajo el entendimiento de que la víctima tendría que plantear su reclamación una vez que la Administración haya resuelto el nuevo procedimiento. Considera, sin embargo, que, al tramitarse en otro contexto histórico, no puede asegurarse que en él vayan a implicarse las partes de la controversia de la misma manera y sobre la base de los mismos presupuestos. Además, la solución negativa posterga irrazonablemente la posibilidad de obtener una indemnización. Por eso, a juicio del Alto órgano, cabe indemnizar la pérdida de una *chance*, entendida como bien susceptible de valoración económica que

se distingue en el plano ontológico de la ventaja a la que está teleológicamente orientada.

En este orden de ideas, el Consejo de Estado distingue la probabilidad de éxito (*chance* resarcible) de la mera posibilidad (*chance* irresarcible). La primera se presenta cuando las probabilidades de que la víctima accediera a la utilidad apetecida tienen cierta entidad, sin llegar a la consistencia que permite tener por cierto que el recurrente se habría beneficiado de la adjudicación. El grado de probabilidad que se obtiene en este tipo de casos varía, según se dice, en función de que la actividad administrativa de la que dependía la consecución del acto favorable fuera reglada, técnico-discrecional o puramente discrecional. En el primer caso, el juez puede sustituir a la Administración y determinar si el interesado habría o no resultado adjudicatario; pero no en los otros dos porque de otro modo estaría invadiéndose un ámbito de poder legalmente atribuido a la Administración. Se concluye, así, que «*la discrecionalidad impide, en la mayor parte de los casos, la realización del juicio pronóstico en cuestión en los términos de un cálculo porcentual preciso, pero no excluye la posibilidad de reconocer una pérdida de chance sobre la base del grado de aproximación al bien de la vida que esperaba el recurrente*». Teniendo en cuenta que en el caso la empresa «Ati Eac» había conseguido 83,50 puntos frente a los 86,53 de su competidora y que, por tanto, la diferencia entre las valoraciones asignadas era escasa, se estima que la primera disponía de una elavada probabilidad de resultar adjudicataria que no pudo concretarse por la ilegalidad en que incurrió la Administración. Por tal razón se condena al resarcimiento de este daño, valorado «*unitaria y equitativamente*» en 155.000 €.

Teniendo en cuenta los hechos relatados en la sentencia, parece que el *Consiglio di Stato* realiza una aplicación correcta de la doctrina de la oportunidad perdida en el sentido de que la probabilidad causal en el caso, sin ser alta, era seria y considerable. No obstante, se echa en falta una explicación más detallada de los criterios cuantificadores tomados en consideración y, en particular, una referencia más precisa al beneficio neto que habría podido obtenerse, pues éste debe proporcionar la base sobre la que calcular la indemnización en concepto de *chance*. En todo caso, la sentencia supone la consagración de la *chance* como técnica con que paliar las situaciones de incertidumbre causal que habitualmente plantean los supuestos de infracción de las normas de contratación pública. Es destacable, además, el esfuerzo dialéctico que realiza el Tribunal en orden a justificar la figura y depurar los requisitos a que está subordinada su utilización. Pero, al margen de que el Consejo adopta la perspectiva ontológica rechazada en esta investigación, pueden realizarse varias puntualizaciones.

En primer lugar, es discutible que quepa reconocer el derecho a una indemnización, aunque el recurrente pueda beneficiarse finalmente

del contrato si la Administración acaba adjudicándoselo al dar cumplimiento a la sentencia de condena. Desde la óptica defendida en esta obra, el perjuicio que se indemniza cuando se aplica la teoría de la pérdida de *chance* es el daño final, que en este caso se corresponde con el beneficio neto que habría podido obtenerse a través de la ejecución de los servicios de transporte en la ciudad de Mestre(1285). La teoría de la oportunidad perdida es, pues, un expediente con el que encarar la incertidumbre y reparar parcialmente un perjuicio cuya conexión causal con el hecho ilícito es sólo probable o posible, pero no cierta y segura. Por eso, si se otorga esa reparación parcial, se corre el riesgo de enriquecer injustamente a la víctima, si resulta finalmente adjudicataria y, por tanto, desaparecen las dudas en torno a si la Administración ha impedido el acceso a la utilidad deseada. Parece que la teoría de *chance* ha de entrar en juego en supuestos de incertidumbre causal irreversible, no cuando, sin poderse asegurar que la víctima perdió la ventaja como consecuencia del comportamiento ilícito del agente (posiblemente) dañoso, subsiste aún la posibilidad de obtenerla en el futuro. Es la idea que suele expresarse gráficamente con la indicación de que la oportunidad perdida es una *chance* inexorablemente sacrificada; una posibilidad que el agente dañoso, con su actuación, ha mutilado definitivamente(1286).

En segundo lugar, no puede compartirse las razones por las que el Consejo de Estado considera que no puede realizarse un juicio preciso en torno a la probabilidad de que la resolución hubiera sido favorable al interesado, de no haber cometido la ilegalidad. La representación ideal del curso del procedimiento administrativo, como si no hubiera intervenido el hecho ilícito, de ningún modo pone en peligro el principio de separación de poderes ni el ámbito de actuación que tiene reconocido la Administración. Es verdad que, en presencia de elementos discrecionales, el juzgador no puede resolver si hay nexo causal o si procede aplicar la teoría de la *chance* en función de su *gusto o creencia* en cuanto a la manera en que debió ejercitarse la potestad. Ahora bien, esta limitación no es consecuencia del principio de separación de poderes. Según dijimos, los criterios de conveniencia u oportunidad que pudiera manejar el juzgador son irrelevantes porque carecen de validez epistemológica, no porque su utilización amenace ámbitos reservados de poder. Si un juez utilizara esos criterios, en modo alguno estaría entrometiéndose en quehaceres propios de la Administración, pues imaginar cómo habría podido resolverse un procedimiento no es lo mismo que administrar, pero estaría inaplicando las reglas probatorias con las que formarse una idea de lo que habría ocurrido efectivamente, si no hubiera interve-

(1285) Téngase en cuenta que la postura del Consejo de Estado es rechazada incluso por muchos de los autores que sostienen que el daño indemnizado en concepto de *chance* se distingue del daño final respecto del cual no cabe afirmar su conexión

causal con el hecho ilícito. A estos autores, así como a la numerosa jurisprudencia territorial italiana que desarrolla sus criterios me he referido en Cap. I, ap. III.2.1.2; y Cap. VI, ap. II.

(1286) Cfr. Cap. I, ap. III.2.1.2.

nido la ilegalidad. Esos criterios son, pues, incompatibles con la teoría del conocimiento judicial de los hechos y las pautas que ésta establece en orden a favorecer que en el proceso se tengan por demostrados los hechos más probables o verosímiles(1287). Así pues, en el caso, debió concluirse que la discrecionalidad impedía asegurar que la Administración habría adjudicado el contrato al recurrente y determinaba que entrara en juego la teoría de la *chance*, pero no por la prohibición de *faire acte d'administrateur*, sino, simplemente, porque se desconocían las apreciaciones y valoraciones que se hubieran realizado, caso de haberse detallado desde el principio los criterios de valoración de las ofertas.

5.2.3. *El problema de la reparación de la oportunidad perdida cuando sólo se ha reclamado el lucro cesante: la sentencia 660/2000 del TAR de Toscana, de 13 de abril*

La sentencia del TAR de la Toscana (Secc. II), de 13 de abril de 2000, núm. 660(1288), suscita una interesante cuestión, la de si es posible ordenar el abono de una indemnización por pérdida de oportunidad cuando se ha solicitado sólo la reparación total de la ventaja final. La Administración excluyó de un concurso para la construcción de un polideportivo a una empresa por considerar que la oferta presentada no se acomodaba a los criterios-guía establecidos en la convocatoria, particularmente los referentes a la dimensión de las escaleras previstas. Disconforme con esta resolución, la empresa acudió al TAR, que anuló las actuaciones sobre la base de que la exclusión era contradictoria y discriminatoria; contradictoria porque, habiéndose adoptado la modalidad del concurso, las empresas podían introducir variantes respecto del proyecto de máximos establecido; y discriminatoria porque fue apartada del procedimiento en beneficio de la entidad adjudicataria por la sola razón de que las escaleras proyectadas dejaban de amoldarse a la medida propuesta por la Administración. Anulados los actos del procedimiento, la sociedad ejercitó después, ante la misma instancia jurisdiccional, acción resarcitoria, solicitando la indemnización de los gastos realizados y del beneficio contractual inobtenido bajo el entendimiento de que, de no haber sido excluida ilegalmente, habría sido finalmente elegida. En la sentencia que nos ocupa, el Tribunal considera, en cambio, que es imposible asegurar que la parte recurrente habría sido finalmente seleccionada porque, siendo de aplicación el método de adjudicación a la oferta más ventajosa y en ausencia de pruebas documentales, la Administración pudo valorar positivamente la oferta de aquélla, pero también la del otro candidato. No habiéndose acreditado la seguridad de la adjudicación del contrato a la recurrente («*la sicura aggiudicabilità dell'appalto*»), el Tribunal desestima la reclamación resarcitoria por este concepto,

(1287) *Vid.*, en este Cap., ap. I.1, nota. (1288) En www.sentenzetoscane.it, Con más detenimiento, Cap. VIII, ap. cons. 15 dic. 2003. II.2.1.

planteándose después si hubo un daño por pérdida de oportunidad. Señala en este sentido que es posible que la empresa haya sufrido una pérdida de *chance*, entendida como posibilidad de consecución de una ventaja final, pues, para que se aprecie ese perjuicio basta con demostrar que se cumplían algunos de los requisitos a los que se subordinaba la consecución del bien esperado e impedido (*«la realizzazione in concreto almeno di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito»*). Sin embargo, aunque se admite que la pérdida puede haberse producido, el TAR descarta condenar a la Administración a indemnizar en este concepto por entender que, habiéndose formulado la demanda en relación única y exclusivamente al daño derivado de la falta de adjudicación, no puede reconocerse la pérdida de *chance* sin quebranto del principio de congruencia(1289).

En España, se ha atendido a muy parecido razonamiento, en relación con una oportunidad de victoria en un procedimiento jurisdiccional, la SAP de Valencia de 18 de enero de 1997. En este caso, el problema es que el recurrente no solicitó la reparación del daño moral y el Tribunal considera que el perjuicio resarcible por la pérdida de una oportunidad es de carácter extrapatrimonial. La sentencia declaró: *«no existiendo la más mínima base para entender que el Tribunal Supremo habría resuelto el litigio favorablemente a sus intereses (...), es claro que el perjuicio no se puede identificar con lo pretendido en el pleito precedente, y sí con el daño moral sufrido (...) al verse privados de la posibilidad de ver enjuiciado su asunto en una vía superior (...), como compensación a la privación de un recurso (...) del que (...) no se puede (...) aventurar cuál hubiese sido su resultado (...). Ahora bien, si ése es el ámbito reparador (...) lo postulado por los recurrentes no se ha movido en esta línea, (...) en la demanda se expresa claramente que se declina la indemnización por daños morales, lo que excluye cualquier posibilidad de concesión por este concepto, so pena (...) de incidir en incongruencia (...) “extra petita”»*.

Esta solución, al menos desde la perspectiva del Derecho español, no puede en absoluto compartirse, pues corresponde a una concepción hipertrofiada del requisito procesal de la congruencia. En un caso como el examinado (en el que el reclamante solicita la indemnización que le compense el perjuicio padecido y, al razonar la consistencia del daño, sostiene que se le ha privado de una ganancia segura, y el Tribunal considera que lo perdido no fue la ganancia pretendida, sino la oportunidad fundada de obtenerla, lo que supone, a la postre, un resarcimiento parcial) parece que la solución desestimatoria es la expresión de un dogmatismo exacerbado porque, en definitiva, quien pide lo más, puede

(1289) Literalmente, declara: *«deve allora ribadirsi come, proposta la (sola) domanda di risarcimento del danno per mancata aggiudicazione di una gara, siffatta pretesa, presupponendo la certezza dell'esito favorevole della procedura, non sia in alcun modo assimilabile alla diversa domanda con la quale, in relazione*

alla mera probabilità di esito favorevole della selezione, venga invocato il risarcimento del pregiudizio da perdita di chance (riveniente dalla compromissione di un risultato sperato, ancorchè con grado di probabile verifica diversamente configurabile e/o apprezzabile)».

obtener lo menos(1290). Esto, aunque se considere que el lucro cesante y la pérdida de oportunidad son conceptos diversos. Desde la teoría de la causalidad probabilística aquí defendida (con matices) para el Derecho español, la *chance* es un lucro cesante parcialmente demostrado, es decir, una reparación parcial de un daño cuya ligazón causal es sólo posible. No hay, pues, diferencia de naturaleza ni, consecuentemente, puede admitirse un planteamiento como el expuesto. Pero es que, aunque se adopte cualquiera de las teorías autonomistas (la ontológica de signo patrimonial, muy extendida en el Derecho italiano, o la ontológica de signo personal, desarrollada por la jurisprudencia española) tampoco cabe, a mi juicio, descartar la reparación de la *chance* por la sola razón de que este concepto dañoso no fue específicamente contemplado en la demanda. Cuando se entiende que la oportunidad era una entidad económica ya integrada en el patrimonio de la víctima, el daño por pérdida de oportunidad se afirma como daño emergente y, al igual que ocurre cuando se encauza su reparación a través de la teoría del perjuicio personal, se está considerando que constituye un perjuicio cualitativamente diverso del lucro cesante. Pero esto no puede llevar a sostener, con una visión sesgada, que si se pide indemnización en concepto de *chance* no puede concederse en concepto de lucro cesante. Bajo esta óptica, subsisten, sí, diferencias de naturaleza, pero éstas no impiden catalogar estos perjuicios dentro del género daño que es al que hay que atenerse, en definitiva, para dar la respuesta resarcitoria. Por eso hay que concluir que la potestad del juez para ordenar la indemnización del daño no tiene otro límite que el marcado por la suma que se pidiera como indemnización por los perjuicios sufridos como consecuencia de la irregularidad de la actividad administrativa.

5.3. *La pérdida de oportunidad de victoria en procedimientos selectivos de función pública: análisis comparativo del Dictamen 965/1999 del Consejo de Estado, de 22 de abril, y de la Sentencia de la «Corte di Cassazione» 11955/2001, de 21 de septiembre*

El Dictamen 965/1999, de 22 de abril, corresponde a una reclamación resarcitoria de una funcionaria docente de 18 de junio de 1998 frente al Ministerio de Educación y Cultura. Los hechos tuvieron su origen en la Resolución de 2 de agosto de 1993, por la que se publicó la lista definitiva de aspirantes seleccionados para el acceso al Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria. Al haberse adjudicado 1 punto al expediente académico de la reclamante y entender ésta que, de acuerdo con las bases de la convocatoria, le correspondían 2, por tener una califi-

(1290) Pero es que, incluso, si el supuesto correspondiera a unos parámetros invertidos y la reclamación se hubiera concretado en un resarcimiento por *chance* y el Tribunal hubiera apreciado que lo que había era una ganancia frustrada, la varia-

ción sobre este punto de vista respecto a la consistencia del daño resarcible no se erige en obstáculo para reconocer el resarcimiento, no habiendo más límite que el cuantitativo constituido por la suma solicitada.

cación media de 8,7 (sobre 10), formuló recurso de reposición, desestimado por Resolución de 21 de febrero de 1994. Seguidamente, acudió a la jurisdicción contencioso-administrativa y consiguió por Sentencia de 21 de junio de 1996 de la Audiencia Nacional la anulación de las resoluciones impugnadas y la declaración del derecho a que su expediente académico recibiera una asignación de 2 puntos. Por Orden de 14 de noviembre de 1996 se dio cumplimiento a dicha sentencia, reconociéndose a la reclamante aquellos 2 puntos, por lo que la puntuación obtenida por la misma quedó cifrada en 15,125. Con base en tal puntuación, se la incluyó en la relación de aspirantes seleccionados en el procedimiento de acceso y se la nombró funcionaria en prácticas con efectos administrativos desde el 15 de septiembre de 1996 y con efectos económicos desde la toma de posesión. Posteriormente, por Orden de 9 de julio de 1997, se la nombró funcionaria de carrera, con efectos administrativos y económicos desde el día 15 de septiembre siguiente. El 8 de junio de 1998, la indicada funcionaria, partiendo de que debía haber adquirido la condición de profesora de enseñanza secundaria con los restantes aspirantes el día 1 de octubre de 1994 y no habiéndola adquirido hasta el día 15 de septiembre de 1997 como consecuencia de la puntuación indebida inicial, formuló una reclamación por responsabilidad patrimonial del Estado, cuantificada en 24.500.000 Ptas., de acuerdo con el siguiente desglose: a) 3.000.000 Ptas., por cada uno de los tres años en que estuvo privada de la docencia que le correspondía; b) 5.000.000 Ptas., por no haber participado en ninguno de los tres concursos convocados durante esos años, viéndose obligada a sufrir gastos de viajes y desplazamientos, al no haber podido ocupar una plaza próxima a su domicilio y verse relegada en el escalafón, quedando impedida para acceder a la condición de catedrático; c) 1.300.000 Ptas., por la pérdida de un trienio a razón de 65.000 Ptas. y por los 20 años que le restaban hasta la jubilación; d) 1.200.000 Ptas., por la pérdida de la mitad de un sexenio, a razón de 10.000 Ptas. anuales y por los veinte años que le restaban hasta la jubilación; e) 3.000.000 Ptas., por la reducción que en la percepción de la jubilación le había de suponer la falta de cotización durante aquel período de tres años, a razón de 120.000 Ptas. anuales y por los 25 años de expectativa de vida desde los 65; h) 5.000.000 Ptas., por daños morales.

En su Dictamen, el Consejo de Estado parte de que debe aplicarse el régimen general de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas cuando los daños y perjuicios causados se deban a la anulación de actos administrativos, con la doble aclaración de que la anulación de un acto no implica necesariamente que se haya incurrido en responsabilidad patrimonial, y que, a su vez, no cabe rechazarla necesariamente. En todo caso, frente a lo indicado en la propuesta de resolución, se señala que no es admisible que la resolución desestimatoria se base en la existencia de unos márgenes de apreciación razonable por

parte de la Administración, pues, de acuerdo con la sentencia de 5 de febrero de 1996, no se admite que ese margen de tolerancia sirva para excluir de suyo la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. A tal efecto, señala que el principio de indemnidad preserva frente a los excesos y frente a los defectos de resarcimiento; y que por eso impide la compensación de meras expectativas. Sentado ello, se dictamina que no procede reconocimiento alguno de indemnización por cuanto que, en definitiva, la reclamación se contrae a la mera existencia de expectativas. Se da por descontado, además, que, de haber sido incluida originariamente en la lista de aspirantes, habría superado la fase de prácticas, por lo que, al no suponer su inclusión en la lista de aspirantes la adquisición automática de la condición de funcionaria de carrera, no cabe entender que haya sufrido un daño resarcible. Como segundo argumento se señala en relación con el primero de los conceptos que integraban su reclamación que, en todo caso, no consta en absoluto que la reclamante no hubiera trabajado como funcionaria docente con carácter interino durante esos tres años, con la obtención de unos emolumentos que impedirían el resarcimiento pretendido. Respecto de la segunda de las partidas reclamadas, se dice que corresponde a perjuicios meramente especulativos y que, desde luego, correspondían a cantidades cuya obtención estaría ligada a su condición de funcionaria de carrera, que es precisamente de la que carecía la reclamante. Por las mismas razones, se desecha el resarcimiento de los perjuicios alegados en tercer y cuarto lugar, por tratarse de perjuicios meramente especulativos, que corresponden a una mera expectativa. En lo que refiere al quinto concepto, se propone igualmente su rehúse por las mismas razones, destacándose, además, que, en todo caso, no constando que hubiera dejado de trabajar durante el tiempo aducido, habría estado cotizando también a la Seguridad Social. Finalmente, se rechaza la partida correspondiente al daño moral, significándose que «no se alcanza a vislumbrar cuál es el daño moral supuestamente sufrido y la cuantificación» del mismo. Se apunta, en este sentido, que, si bien es cierto que debe moderarse la exigencia de la prueba de los daños morales, ello no significa que no hayan de ser probados y se resalta que, en este caso, se ha omitido al respecto cualquier justificación, aparte de destacarse la satisfacción moral que le debió suponer a la reclamante que la sentencia dictada por la Audiencia Nacional reconociera que tenía razón frente a la Administración Pública.

No es fácil analizar este Dictamen, porque, pese a estar redactado con bastante meticulosidad, faltan algunos elementos que habrían de servir de apoyo para fijar las correspondientes conclusiones. Lo cierto es, no obstante, que, ante la reclamación efectuada por la funcionaria, cabían tres soluciones. Podía apreciarse que la misma sufrió efectivamente un lucro cesante y los demás perjuicios patrimoniales que aducía, al ser imputables a la Administración. También que no se estaba ante un supuesto de causalidad acreditada, sino ante una pérdida de oportu-

nidad, con lo que el resarcimiento habría de corresponder a la *chance* perdida en la medida en que se admitiera como cierto que, de habersele adjudicado desde un primer momento la correcta puntuación a su expediente académico, el reconocimiento de su cualidad de funcionaria en prácticas no conllevaría necesariamente su conversión en funcionaria de carrera. Cabía, a su vez, la consideración de que no había una relación causal demostrada entre los perjuicios económicos y la minusvaloración del expediente académico de la interesada ni la pérdida de una estricta oportunidad. Pues bien, el Consejo de Estado no optó claramente por ninguna de las tres posibles soluciones. En lugar de formular con claridad un juicio aproximativo de causalidad, procedió a examinar la índole de la posición jurídica de la víctima, cosa que bien puede tener efectos en el plano de la restitución (para determinar si procede condenar a la adopción de un concreto acto o, simplemente, a la repetición del procedimiento), pero que no debe tenerlos en el de la responsabilidad (1291). La solución de este tipo de casos no ha de ser necesariamente la reparación del daño padecido, pero, para dilucidar si procede la declaración de responsabilidad, hay que averiguar si hubo lazo causal, lo que exige la ejecución de un juicio pronóstico en torno a las probabilidades de que la infracción administrativa fuera condición *sine qua non* de la inobtención de la resolución favorable. Consecuentemente, el Consejo debió figurarse el curso ideal del procedimiento, como si la Administración hubiera puntuado correctamente desde el principio los méritos de la interesada.

Por lo demás, parece difícil negar que la indebida adjudicación de puntos al expediente académico ocasionara en su momento la falta de adquisición de la condición de funcionaria en prácticas. No parece descabellada la conclusión de que, en ausencia de la irregularidad, la condición funcional requerida habría sido puntualmente obtenida. Así, por ejemplo, si se hubiera podido comprobar que era efectivamente cierto que quienes accedieron a la condición de funcionarios en prácticas, en virtud de la puntuación que se les había adjudicado, superaron las pruebas y accedieron a la condición de funcionarios de carrera. También si fuera rigurosamente anómalo que, adquirida esa condición, haya funcionarios que no superen tales pruebas. Si así fuera, habría de concluirse, de acuerdo con el *id quod plerumque accidit*, que la conexión causal entre la irregularidad administrativa y la inobtención de la resolución favorable es suficientemente probable, lo que supondría el derecho a la reparación los perjuicios económicos aducidos, partiendo del primero de ellos, que corresponde al lucro cesante.

Otra cosa es que, valorada la ventaja final frustrada durante aquellos tres años y fijada la cantidad que dejara de obtener la reclamante como consecuencia de la actuación ilegal de la Administración, operara la fi-

(1291) Vide Cap. VIII, ap. III.

gura de la *compensatio lucri cum damno*. Esta doctrina debió aplicarse en la medida en que quedara acreditado que, durante ese período, la funcionaria siguió obteniendo emolumentos como consecuencia de su trabajo como funcionaria interina (1292). En este caso, tampoco se justificaría la exclusión del resarcimiento, que el Consejo de Estado aduce como argumento *ex abundantia cordis*, pero tendría que haberse verificado el nivel de ingresos obtenidos por la reclamante durante aquellos tres años y comparar su importe con las sumas que habría obtenido de haber accedido a la condición de funcionaria de carrera después de superar las prácticas a las que habría tenido acceso si no hubiera sido objeto de una puntuación ilegal en su expediente académico. Naturalmente, en la medida en que los ingresos dejados de percibir ascendieran a un importe superior al de las cantidades obtenidas, estaríamos ante un supuesto de compensación que se traduciría en tenerle que reconocer como indemnización la diferencia definitivamente perdida.

En todo caso, aunque no hubieran quedado demostrados los extremos que habrían permitido afirmar la realidad del nexo causal, parece que debió aconsejarse la solución resarcitoria en el entendimiento de que la interesada sufrió la pérdida de una oportunidad promocional o «*chance d'avancement*» (1293). Teniendo en cuenta los méritos que la reclamante atesoraba y que tres años después obtuvo la condición funcional pretendida, podría considerarse que la errónea valoración del expediente académico comprometió irremediabilmente las posibilidades serias y fundadas de que, durante esos años, aquella consiguiera unas determinadas ganancias. Ésta fue, precisamente, la solución brindada en el asunto, muy parecido, de la Sentencia de la *Corte di Cassazione* (Secc. laboral), 21 de septiembre de 2001, núm. 11955.

El actor, dependiente de categoría IV de «Poste Italiane», participó en un concurso público convocado en 1988 para la selección de 115 especialistas de ejercicio (categoría V), realizando con grave retraso la prueba oral en razón de la inicial formulación por parte de la Comisión examinadora de un juicio negativo sobre sus habilidades dactilográficas. El juicio inicial era erróneo porque lo fue la valoración «electrónica» del ejercicio de dactilografía como consecuencia de una avería mecánica. Sólo cuatro meses después, la mencionada Comisión tuvo conocimiento del equívoco, pero se abstuvo de repetir la prueba, como había solicitado el demandante, viéndose obligada a hacerlo después, tras la estimación del recurso interpuesto ante el TAR de Cerdeña, que dictó sentencia

(1292) Trabajo que se deduce que la reclamante siguió realizando a partir de sus propias manifestaciones, en relación con la partida reclamatoria que efectúa por los gastos de desplazamientos y comidas, nacidos del hecho de no haber podido acceder a una plaza próxima a su domicilio.

(1293) Sobre esta figura en el Derecho administrativo francés, M. DEGUERGUE, *Jurisprudence...*, cit., pp. 402-407; F. SALLET, *La perte...*, cit., pp. 16-25. A ella nos hemos referido en varias ocasiones: Cap. I, ap. II.1.3; Cap. III, ap. II.4.2.

anulatoria. Anulada la valoración originaria y realizada nuevamente la prueba, el susodicho funcionario superó positivamente el concurso, clasificándose en el puesto 75, pero sólo con efectos a partir del 1 de septiembre de 1995, esto es, cuando habían transcurrido ya cinco años desde que se reconoció su calidad a los otros candidatos seleccionados. Tras ello, reclamó ante el Tribunal de instancia el resarcimiento del daño por la pérdida, derivada del retraso en la adquisición del nuevo *status* profesional, de una *chance* valorada en un 30% de la diferencia de retribución entre las categorías IV y V, desde el 16 de mayo de 1990 (fecha en la que los otros ganadores disfrutaron de los efectos económicos del escalafón) hasta el 1 de septiembre de 1994 (fecha en la que pudo hacerlo el recurrente). El Tribunal estimó la demanda, condenando a la Administración postal a abonar en concepto de pérdida de oportunidad la indemnización (7.009.752 L.) que resulta de aplicar el coeficiente reductor propuesto por la víctima (30%) al beneficio salarial dejado de percibir. «Poste Italiane» recurrió la sentencia en casación aduciendo que el demandante era titular de un mero interés legítimo y que la lesión de esta posición jurídica no genera responsabilidad, pues sólo es resarcible el daño que afecta a algún derecho subjetivo. La *Corte di Cassazione* desestimó el recurso retomando la doctrina de la célebre sentencia 500/1999. Señala que a los efectos de la responsabilidad civil, cobra relevancia, no la consistencia de la situación jurídica en que se encontraba la víctima, sino la presencia de un daño injusto, entendido como perjuicio injustificado (*non iure infectum*), el nexo causal y el criterio de imputación. Dice después, confirmando el criterio del Tribunal de instancia, que la fiel reconstrucción de los hechos revela que el comportamiento de la Administración, un comportamiento «*verdaderamente inexplicable, cercano a la arrogancia, carente del mínimo fundamento lógico y en contraste evidente con cualquier regla de corrección y buena fe*», había ocasionado la pérdida de una *chance*, esto es, «*la desaparición de la probabilidad de obtener un resultado útil favorable (victoria del concurso mediante el desarrollo de una prueba oral favorable)*».

Contrastando el caso resuelto por la jurisdicción italiana con el que dio lugar en el expediente administrativo español a la propuesta del Consejo de Estado, es claro que, pueden aquilatarse diferencias que impiden apreciar la identidad de los supuestos, pero, al tiempo, debe afirmarse una verdadera identidad de razón. Lo que llama la atención es, no sólo la sensibilidad resarcitoria de que hace gala el Tribunal cisalpino de instancia, confirmada y extremada por el de Casación, sino, en particular, la propia seriedad del planteamiento formulado por la víctima italiana frente al de la reclamante española, ciertamente maximalista, por más que el mismo no fuera merecedor de una respuesta drástica como la dictaminada. La comparación revela cómo la regla de la irresarcibilidad del interés legítimo, que parecía un expediente teórico genuino de la experiencia jurídica italiana, está resueltamente superado

en la sentencia de la *Corte di Cassazione*, fiel a su propia doctrina desde 1999, pero se aplica en el Dictamen del Consejo de Estado para justificar la solución negativa.

5.4. *La pérdida de la oportunidad de obtener autorización de apertura de establecimiento farmacéutico: Análisis crítico de la STS de 7 de diciembre de 1998*

La STS de 7 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10176) resolvió el recurso de casación correspondiente a un proceso en el que los recurrentes habían solicitado una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial atribuida a la Administración General del Estado. El recurso se había deducido contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de marzo de 1994, que había desestimado la demanda formulada por ocho farmacéuticos frente a la desestimación (por silencio administrativo) de una reclamación por los daños causados como consecuencia de la extemporánea resolución de un concurso de traslados para cubrir plazas del Cuerpo de Farmacéuticos Titulares de la Administración Local. El Tribunal Supremo rechazó el recurso, confirmando la resolución recurrida, pues, pese a apreciarse la falta de justificación del retraso en la resolución del concurso, se estimó que habían quedado sin acreditar los perjuicios aducidos, al no probar ninguno de los reclamantes que se les tendría que haber adjudicado la plaza solicitada, de haberse resuelto aquél tempestivamente.

El concurso fue resuelto cuatro años y ocho meses después de haber sido convocado y, al tiempo de resolverse, los recurrentes habían pasado a la situación de jubilados, dejando así de cumplir un requisito necesario para la adjudicación de las plazas⁽¹²⁹⁴⁾. La larga duración del procedimiento se debió a la concurrencia de diversos factores: 1º Las plazas convocadas estaban transferidas a las Comunidades Autónomas, lo que hacía necesario que los órganos competentes de éstas mostraran su conformidad expresa con la convocatoria de las plazas dependientes de cada una de ellas; 2º El concurso tenía que tramitarse a virtud de la convocatoria general de la Administración General del Estado y mediante la convocatoria específica de cada una de las Comunidades Autónomas que lo desearan, asumiendo aquélla la gestión y coordinación de las convocatorias, a través de una Comisión Mixta; 3º La convocatoria no fijaba plazo alguno para la resolución del concurso, siendo impensable que pudiera resolverse en el plazo de seis meses previsto en el entonces vigente ar-

(1294) El concurso fue convocado por Orden Ministerial de 18 de julio de 1984, publicada en el «BOE» del día 3 de agosto siguiente. La lista provisional de admitidos y excluidos fue dada a conocer por Orden Ministerial de 8 de marzo de 1988, publicada el día 21 siguiente, es decir, más de tres años después de la convocatoria. La re-

lación definitiva de admitidos y excluidos y la adjudicación provisional de plazas fueron recogidas en la Orden Ministerial de 18 de noviembre de 1988, publicada en el «BOE» del 28 siguiente. La adjudicación definitiva de las plazas tuvo lugar por Orden Ministerial de 14 de abril de 1989, publicada en el «BOE» del día 26 siguiente.

título 61 LPA, dándose la circunstancia de que el anterior concurso se había resuelto al cabo de un año y cinco meses a contar desde la publicación de la convocatoria; y 4º La Junta de Galicia se negó a remitir la documentación que, relacionada con el concurso, obraba en su poder, lo que supuso una paralización del procedimiento de dos años, desde octubre de 1984 a octubre de 1986.

Apunta el Tribunal Supremo que el concurso debió resolverse al cabo de un año a contar desde la publicación de la convocatoria, lo que arguye que efectivamente hubo un funcionamiento anormal de la Administración Pública(1295). Pero sentado ello, advierte que la clave del asunto radica en determinar si los recurrentes sufrieron un daño resarcible, lo que, según se dice, implica apreciar si los reclamantes tenían derecho o no a las plazas solicitadas en el sentido de que, de haberse resuelto el concurso tempestivamente, se hubiera adjudicado a cada uno de ellos, *indefectiblemente*, la plaza solicitada, con exclusión de cualquier otro concursante; y si, apreciado el derecho a la plaza, se les causó un daño resarcible.

Tres de los ocho recurrentes se encontraban en servicio activo, ocupando en propiedad una determinada plaza y habían solicitado la adjudicación de otra. En el caso de dos de ellos, la plaza solicitada se había adjudicado a un concursante con puntuación inferior, pero se señala que su derecho a la plaza dependía de las circunstancias concurrentes en los restantes concursantes en la fecha en que debió quedar resuelto el concurso, habida cuenta de la existencia de renunciaciones, jubilaciones y fallecimientos, sin que se acreditara que estos dos recurrentes tuvieran derecho a la obtención de la plaza en tal momento. Respecto del otro, cuya plaza solicitada quedó desierta, se señala que tampoco se había demostrado que le correspondiera, pues en la fecha en que debió resolverse el concurso podía haber algún otro concursante con puntuación superior entre los que finalmente fueron excluidos por haber renunciado, haberse jubilado o haber fallecido después. Los otros cinco recurrentes se encontraban en situación de excedencia voluntaria y se señala que, aunque tenían derecho preferente a ocupar la plaza vacante en la localidad en la que hubieran servido con destino definitivo cuando causaron baja, no habían acreditado cuál era el mismo, sin que, por otra parte, cupiera excluir que en la fecha en que debió definirse el procedimiento hubiera, dentro del grupo preferente, algún concursante con prelación respecto de ellos, por ser excedentes forzosos, supernumerarios o suspensos.

(1295) Se trata de una afirmación que contiene la sentencia recurrida, aunque lo cierto es que ésta, más que fijar una fecha concreta, declara que el concurso debió resolverse una vez transcurrido un año desde la convocatoria. Hay, a su vez, el dato de

que en el voto particular del Dictamen que produjera el Consejo de Estado se hacía constar que el procedimiento habría durado un año «*en el mejor de los casos para la Administración*».

Se resalta que las pruebas practicadas en el proceso refirieron en exclusiva a la situación de los reclamantes en relación con los que fueron concursantes adjudicatarios de las plazas solicitadas, pero no en relación con los restantes concursantes en el momento en que debió resolverse el concurso, cabiendo la posibilidad de que éstos tuvieran derecho de preferencia o mejor puntuación. Se estima, en definitiva, que ninguno de los recurrentes había acreditado que le correspondiera la titularidad del derecho a obtener la plaza solicitada en el momento en que el concurso debió finalizar. Tomada esa fecha como punto de referencia, el Tribunal considera que no existían derechos consolidados, sino simples expectativas de adjudicación, sin que el retraso en la decisión del concurso sea de suyo suficiente para apreciar la existencia de un daño resarcible. A continuación, se añade *ex abundantia cordis* que los recurrentes que se encontraban en servicio activo no habían acreditado perjuicio alguno (1296). A su vez, respecto los recurrentes que se encontraban en situación de excedencia voluntaria, se señala que contaron con la posibilidad de solicitar el reingreso en el servicio activo mediante la ocupación provisional de alguna de las vacantes producidas con posterioridad al día 30 de septiembre de 1983, que era la fecha de la que partía la convocatoria, de tal manera que podían haber eliminado el perjuicio. Se concluye, pues, que ninguno de los recurrentes había demostrado tener derecho a obtener la plaza ni tampoco el daño que se les hubiera producido; y, a tal efecto, el Tribunal Supremo se hace eco de que efectivamente es muy difícil la prueba de que cada uno de los recurrentes habría obtenido de forma indefectible la plaza solicitada, de haberse resuelto el concurso tempestivamente. Pero puntualiza que la Administración no puede otorgar una indemnización sin más, cuando tal reconocimiento depende de la existencia del derecho a obtener la plaza, con exclusión de cualquier otro concursante. El texto literal con el que se remata la fundamentación de la sentencia dice: «*Un concursante no tiene, por el hecho de serlo, derecho a una plaza, sólo tiene una expectativa de derecho. Y no basta con un retraso en la decisión del concurso para que pueda invocar que se le ha causado un daño resarcible. Por supuesto que probar que la plaza la habría obtenido indefectiblemente es muy difícil. Pero la Administración no puede otorgar indemnizaciones sin más, cuando la primero que hay que acreditar es que la plaza la habría podido ganar el reclamante y sólo éste*».

Se trata, en verdad, de un supuesto difícil, pero que el Tribunal resuelve mediante la fórmula drástica del todo o nada, al entenderse que sólo procedería el resarcimiento de perjuicios en el caso de que los recurrentes hubieran acreditado tener derecho a la plaza solicitada. A esta justificación se añade la de que, aun en el caso de haberse recono-

(1296) Estos recurrentes reconocían que no habían sufrido perjuicios en cuanto a la pérdida de retribuciones y haberes pasivos, pero sí en cuanto al derecho de aper-

tura de una farmacia en la localidad solicitada. De esta forma, aunque sin completa explicitud, estaban invocando un perjuicio de carácter extrapatrimonial.

cido la existencia de ese derecho, tampoco habría procedido el resarcimiento, pues, en unos casos, no se había acreditado un perjuicio efectivo y, en otros, el perjuicio existente podría haberse evitado si los recurrentes hubieran optado, en tanto se resolvía el concurso, por la obtención de una ocupación temporal de plaza.

El análisis crítico de la sentencia ha de empezar, necesariamente, por denunciar la incorrección del argumento que, a los efectos de la desestimación, fue determinante y que, según hemos visto, consistió en negar el resarcimiento porque los recurrentes no eran, al tiempo en que debió resolverse el procedimiento, titulares de un derecho a la obtención del traslado. Como venimos diciendo, para demostrar que la Administración ocasionó la pérdida de las ganancias que habrían derivado de la concesión de la ventaja, basta con que, partiendo de un criterio de normalidad (*id quod plerumque accidit*), se acredite la alta probabilidad de que el interesado hubiera recibido la resolución favorable, sin que sea preciso demostrar que tal resolución hubiera correspondido *indefectiblemente*. Sentado la anterior, es claro que no debió desestimarse la demanda apelando a la regla de la resarcibilidad privativa del derecho subjetivo, sino que debió dictarse un pronunciamiento basado en el resultado probable de una resolución tempestiva.

Ahora bien, si pudiera fijarse con exactitud la fecha en que debió terminar el procedimiento, se podría concretar, a la luz de los baremos y de la condición de los restantes competidores, si los recurrentes habrían obtenido o no el traslado. Por eso, no tienen mayor relevancia en este caso las matizaciones realizadas en cuanto a la impertinencia de exigir la demostración de que había un auténtico derecho, es decir, de que la ventaja hubiera correspondido *indefectiblemente* a los recurrentes. En este caso, no cabría una respuesta intermedia porque no habría margen de error: la resolución tempestiva habría sido favorable o desfavorable. A su vez, como dice el Tribunal, los recurrentes no articularon la prueba en este sentido, tratando de demostrar que, en la fecha en que debió finalizar el procedimiento, habrían accedido a las plazas solicitadas, sino en relación al momento en que se adoptó la resolución tardía. Se dice con acierto en la sentencia que había una falta de prueba debida a un desfoque por parte de los recurrentes, que aducían su mejor derecho respecto a los que resultaron efectivamente adjudicatarios, en lugar de hacerlo respecto de sus competidores al tiempo en que hubo de llegar la decisión definitiva. Se insiste así en que los recurrentes tenían que haber tomado en consideración la fecha en que debió ser resuelto el concurso, para entonces contrastar la situación de cada uno de ellos con la de los restantes candidatos que, en tal fecha, habiendo solicitado la misma plaza, no hubieran renunciado, fallecido o alcanzado la edad de jubilación.

Lo que ocurre es que, como reconoce el propio Tribunal Supremo,

la articulación de esta prueba era difícil (a mi juicio, rayana en lo imposible o, incluso, diabólica) porque, no sirviendo como parámetro el límite legal de seis meses (por la absoluta imposibilidad de atenerse a él), la fecha en que debió ser resuelto el concurso, constituía una fecha aleatoria a determinar por la propia autoridad judicial. Podría haberse decidido que el concurso debió resolverse al cabo de un año y medio o al cabo de dos, teniendo en cuenta que la fecha elegida determinaba una serie de variables (una por día para cada recurrente) que resultaban imposibles de controlar probatoriamente por parte de los recurrentes. Por eso, es razonable sostener que no cabía exigir que las pruebas fueran referidas a un momento que era desconocido e imposible de conocer y, por tanto, que el Tribunal incurrió en una cierta contradicción al exigir que la actividad probatoria se realizara en relación con la fecha en que debió ser resuelto el concurso y admitir que lo único que razonablemente podía saberse es que la duración del procedimiento no podía contraerse a los seis meses de la previsión legal ni alargarse a los casi cinco años que tardó la Administración. La cuestión probatoria se habría caracterizado por la sencillez si de antemano se hubiera conocido la fecha en que el concurso debió resolverse; y téngase en cuenta que éste desconocimiento antecedente había sido propiciado por la propia Administración, al no establecer un plazo específico.

Una solución posible habría podido consistir en fijar una fecha específica, razonable y convencional que permitiera resolver el asunto y, consecuentemente, concretar si los recurrentes habrían obtenido la plaza. En rigor, esto es lo que hizo el Tribunal, pues, ante la imposibilidad de que la Administración se atuviera al tiempo legalmente marcado, estableció la presunción de que el plazo razonable era de un año (1297). Contestados los argumentos jurídicos que fundamentaron la desestimación del recurso y calculando la fecha de la resolución tempestiva a partir de ese plazo, hay que concluir que lo correcto, desde esta perspectiva, habría sido brindar tutela resarcitoria (por pérdida de oportunidad superespecífica) a aquellos que en tal fecha hubieran obtenido el traslado y denegársela a aquellos que no lo habrían hecho. Lo que sucede es que faltaba el material probatorio con que aclarar estos extremos, pues, no se sabía si en ese concreto momento un competidor mejor clasificado que alguno de los recurrentes había renunciado, había fallecido o estaba en edad pasiva precisamente. Además, no parece que pueda vincularse el éxito de las demandas resarcitorias a un dato que, como la fecha así establecida, se fija de manera convencional y de forma no segura. Tan razonable resulta sostener que el expediente debió acabar al cabo de un año como considerar que debió terminar dos días después y sucede que elegir entre

(1297) Téngase en cuenta que pudo tomarse como referencia el año y siete meses que tardó en ser resuelto el concurso anterior, tal como se dice en la sentencia.

Tal es el sentido que justifica la inclusión de este dato como un hecho probado relacionado con el caso.

una u otra de estas opciones podía ser absolutamente determinante. Así, por ejemplo, cuando hubiera resultado que un año y un día después el competidor que estaba situada en primer lugar, por encima de uno de los recurrentes, había fallecido o renunciado, pues, en estas circunstancias, la elección de la primera de las fechas señaladas habría debido llevar a la solución negativa, mientras que la de la otra habría conducido al reconocimiento del crédito indemnizatorio porque el procedimiento, en ese concreto momento, se habría resuelto favorablemente.

Una segunda solución, que, a mi juicio, se acomoda mejor a las exigencias del sistema de responsabilidad patrimonial, consistiría en resolver las dudas que se plantean a favor de los perjudicados. Bien entendido, parece que estamos ante uno de esos supuestos en los que, por las dificultades probatorias que se presentan, debe aplicarse el principio tendencial *pro damnato*. De conformidad con este principio, el Tribunal habría podido reconocer el derecho a las ganancias dejadas de obtener a aquellos recurrentes que estuvieran bien clasificados. Pudo, quizá, diferirse la cuestión al trámite de ejecución de sentencia en homenaje a las intrínsecas dificultades probatorias del caso. En esta sede, clarificado ya el lapso aproximado (el comprendido entre un tiempo mínimo y un tiempo máximo) durante el que debió resolverse el procedimiento, se recabaría la información pertinente y, en la medida en que dentro del mismo el afectado hubiera estado en algún momento en condiciones de acceder a la plaza solicitada, se concretaría el *quantum* indemnizatorio en las ganancias que la explotación de esa plaza habría deparado. De esta manera, las dudas en torno a la fecha en que debió terminar el procedimiento se resuelven seleccionando aquella en la que el interesado habría obtenido el traslado solicitado.

Pero había una tercera solución posible. Podría entenderse que, en realidad, se está ante un problema de pérdida de *chance* en sentido estricto. En principio, parece que no es el caso, pues, fijada una determinada fecha, se puede saber con seguridad si en ella los recurrentes habrían obtenido o no la utilidad y la doctrina de la oportunidad perdida se refiere a posibilidades cuya actualización es intrínsecamente insegura. Sin embargo, hay un elemento de incertidumbre, que es el que representa la fecha en que debió resolverse el procedimiento. La aleatoriedad intrínseca de la *chance* frustrada viene determinada en este concreto caso por la indeterminación previa de la fecha en que debió definirse con carácter definitivo el concurso, de tal manera que puede entenderse que se está ante un supuesto de incertidumbre causal derivada de la imposibilidad de averiguar en qué momento debió definirse el procedimiento. En efecto, el expediente pudo finalizar en una fecha que beneficiara a alguno de los afectados (porque, por ejemplo, sus competidores habían renunciado entonces), pero pudo hacerlo también en otro en el que sucediera lo contrario. Los recurrentes (o algunos de ellos) tenían posibilidades reales de conseguir la plaza, pero se trataba de posibilida-

des insalvablemente inseguras en la medida en que dependían del día de la resolución, y establecer con absoluta precisión cuál debió ser ésta fecha es, sencillamente, imposible. De conformidad con la doctrina de la pérdida de oportunidad, el Tribunal debió calcular las probabilidades de éxito de cada uno atendiendo a los elementos disponibles, entre los que destacaba, principalmente, su colocación en los baremos y los derechos preferenciales de algunos de ellos; y, después, aplicar el porcentaje obtenido al valor de la ventaja final (las ganancias dejadas de obtener). A mi juicio, esta solución es la correcta, si se descarta entender que, en virtud del principio *pro damnato*, procedía indemnizar la totalidad del lucro inobtenido.

BIBLIOGRAFÍA

- AAGARD, Todd S.: *Identifying and valuing the injury in lost chance cases*, Michigan L. Rev., núm. 96, 1998, pp. 1335-1361.
- ABBAMONTE, Giuseppe: *Sulla risarcibilità dei danni da azione di interessi legittimi: Diritto interno e fonti comunitarie*, en AAVV, *Studi in memoria di Franco Piga*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 3-33.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho Civil*, t. II, *Derecho de Obligaciones*, vol. 2, *Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, 11ª ed. act., L. F. Reglero Campos, Bosch, Barcelona, 2002.
- ALBENÉS MEMBRILLO, Antonio Vicente: *La responsabilidad civil del abogado: «quantum» indemnizatorio*, Act. jur. Ar., núm. 331, 26 febr. 1998, p. 2.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: *El tratamiento del lucro cesante en el sistema valorativo*, R. Der. Priv., 1998/5, pp. 361-368.
- ALLEN, Katherine; BRITTENDEN, Stuart; COATES, Alida; EDWARDS, Philip; GARNER, Clive; MEAD, Philip; SMITH, Emma; y WILLIAMS, John Melville: *Personal injury compensation in England and Wales*, en AAVV, *Personal Injury Compensation in Europe*, dir. W. Resch, coords. M. Bona y Ph. Mead, Peopil Research Group/Kluwer, Deventer, 2003, pp. 105-153.
- ALPA, Guido: *Commento S. Tr. Cas. (Seccs. Unidas)*, 22 jul. 1999, núm. 500, en *Sulla sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Cassazione relativa alla risarcibilità della lesione degli interessi legittimi*, Giust. civ., 1999, pp. 427-431.
- ÁLVAREZ LATA, Natalia: *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Capítulo XX, en AAVV, *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord. F. Reglero Campos, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 1701-1757.
- ANTONMATTEI, Paul-Henri: *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ, Paris, 1992.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel: *La culpa in contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Serv. Edit. Univ. País Vasco, Bilbao, 1989.
- *Responsabilidad civil médica*, en AAVV, *Tratado de responsabilidad civil*, coord. L. F. Reglero Campos, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 1031-1107.
- ATAZ LÓPEZ, Joaquín: *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1985.

- BACA ONETO, Victor Sebastián: *La invalidez de los contratos administrativos*, pról. J. L. Martínez López-Muñiz, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2006.
- BACIGALUPO SAGGESE, Mariano: *La discrecionalidad administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, pról. M. Bullinger, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- BACKSTRÖN, Peter: *Personal injury compensation in Finland*, en AAVV, *Personal Injury Compensation in Europe*, dir. W. Resch, coords. M. Bona y Ph. Mead, Peopil Research Group/Kluwer, Deventer, 2003, pp. 155-167.
- BACOSI, Giulio: *Dall'interesse legittimo al diritto condizionato*, present. G. Abbamonte, Giappichelli, Torino, 2003.
- BAKER, C. David: *Tort*, 6ª ed., Sweet and Maxwell, London, 1996.
- BALDASSARI, Augusto: *Il danno patrimoniale*, Cedam, Milano, 2001.
- BALKIN, Jack M.: *La retórica de la responsabilidad*, trad. esp. C. F. Rosenkrantz, en AAVV, *La responsabilidad extracontractual*, en AAVV, *La responsabilidad extracontractual*, comp. C. F. Rosenkrantz, Gedisa, Barcelona, 2005, pp. 123-146.
- BAÑO LEÓN, José María: *El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional*, en AAVV, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., dir. R. Gómez-Ferrer Morant, Thomson/Civitas, Madrid, 2004, pp. 329-363.
- BARASSI, Lodovico: *Contributo alla teoria de la responsabilità per fatto non proprio, in special modo a mezzo di animali*, Riv. it. Scienze Giuridiche, XXIII, 3 (1897, sept.), pp. 325-360; XXIV, 1-2 (1897, dic.), pp. 174-197; XXIV, 3 (1898, febr.), pp. 379-422; XXV, 1 (1898, abr.), pp. 56-83.
- BARBIERI, Ezio Maria: *Riflessioni sul risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, Riv. Dir. pubbl. comunit., 1992/3, pp. 735-748.
- BARNÉS VÁZQUEZ, Javier: *Hacia el Derecho público europeo*, en *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*, coord. J. Barnés Vázquez, Civitas, Madrid, 1993.
- BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción: *La prueba en el procedimiento administrativo*, pról. F. López Menudo, 3ª ed., Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- BARRÓN DE BENITO, José Luis: *Nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil profesional*, pon. VII Congreso de Responsabilidad Civil, I. Col. Abogs. Barcelona, 1998, febr., t. mecanogr., 31 pp.
- BELADÍEZ ROJO, Margarita: *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que*

- ocasiona la ejecución de un contrato administrativo*, pról. J. Leguina Villa, Tecnos, Madrid, 1997.
- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel: *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995.
- *Recensión a L. VANDELLI, Devolution e altre storie. Paradossi, ambiguità e rischi di un progetto politico* (Il Mulino, Bologna, 2002), RAP, núm. 160, 2003/1, pp. 468-471.
- BÉNABENT, Alain: *La chance et le droit*, pról. J. Carbonnier, LGDJ, Paris, 1973.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *Responsabilidad de abogados y procuradores*, Ar. civ., 1997/3, Portadas, pp. 20-21.
- BILE, Corrado: *Intervento*, en *Convegno su «La responsabilità per lesione degli interessi legittimi»*, Danno resp., 1999/10, pp. 995-996.
- BITETTO, Anna Lisa: *«Chance» perduta come fonte di danno per mancato rispetto delle regole. Ma quanto vale un'occasione?*, nota S. Tr. Cas., Civil (Secc. 2ª), 13 dic. 2001, núm. 15759, Danno resp., 2002/4, pp. 395-399.
- BLACK, Vaughan y KLIMCHUK, Dennis: *Lost cause in the Ontario Court Appeal. A comment on Walker Estate v. York Finch General Hospital*, Health L. Rev., vol. 8, núm. 3, 2000, pp. 24-29; www.law.ualberta.ca/centres/hli/pdfs/hlr/v8_3/blackfrm.pdf.
- BLASCO DÍAZ, José Luis: *Artículo 63 Ley 13/1995*, en AAVV, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administrativas Públicas*, dir. R. García Macho, coord. J. L. Blasco Díaz, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 1459-1462.
- BLASCO ESTEVE, Avelino: *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, pról. A. Nieto García, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1985.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl: *Lecciones sobre el acto administrativo*, Civitas, Madrid, 2002.
- BOLEGO, Giorgio: *Nesso causale e quantificazione del danno da perdita di una «chance»*, nota S. Tr. Cas., Lab., 17 mar. 1998, núm. 2881, Riv. it. Dir. lav., 1998/2, pp. 713-717.
- BONA, Marco: *Personal injury compensation in Italy*, en AAVV, *Personal Injury Compensation in Europe*, dir. W. Resch, coords. M. Bona y Ph. Mead, Peopil Research Group/Kluwer, Deventer, 2003, pp. 275-339.
- *Comparative Report on Personal Injury Compensation in Europe*, en AAVV, *Personal Injury Compensation in Europe*, dir. W. Resch, coords. M. Bona y Ph. Mead, Peopil Research Group/Kluwer, Deventer, 2003, pp. 531-626.
- *Towards the «europeanisation» of personal injury compensation? Contexts*,

- tools, projects, materials and cases on personal injury approximation in Europe*, en AAVV, *Personal Injury Compensation in Europe*, dir. W. Resch, coords. M. Bona y Ph. Mead, Peopil Research Group/Kluwer, Deventer, 2003, pp. 641-676.
- *Protection of secondary victims in the «European Laboratory» of the Strasbourg Court and Prospects for Harmonisation*, en AAVV, *Personal Injury Compensation in Europe Series: Fatal Accidents & Secondary Victims*, dir. M. Bona, Ph. Mead, S. Lindenbergh, XPL Publishing, St. Albans (United Kingdom), 2005, pp. 457-522.
- BONARDI, Olivia: *Concorsi invalidi: risarcimento del danno per perdita di «chance» o ripetizione del concorso ora per allora*, nota S. Tr. Cas., Lab., 14 jun. 2000, núm. 8132, Riv. it. Dir. lav., 2001/2, Giurispr., pp. 463-467.
- BONASI BENUCCI, Edoardo: *La responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1995; *La responsabilidad civil*, trad. notas Derecho español J. V. Fuentes Lojo y J. Peré Raluy, Bosch, Barcelona, 1958.
- BOQUERA OLIVER, José María: *La selección de contratistas. Procedimiento de selección y contrato*, Inst. Ests. Políts., Madrid, 1963.
- BORÉ, Jacques: *L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appretiation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*, Juris-Classeur pér., Semaine jur., 1974, Doctr., marg. 2620, 46 aps.
- BORRELL MACIÀ, Antonio: *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil. Estudio del artículo 1902 del Código civil y breves comentarios sobre los artículos 1903 a 1910 del propio cuerpo legal*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1958.
- BRAZIER, Margaret: *The Law of Torts*, 9ª ed., Butterworths, London/Dublin/Edinburgh, 1993.
- BREBBÍA, Roberto H.: *La lesión del patrimonio moral*, en AAVV, *Derecho de daños. Libro homenaje al prof. Mosset Iturraspe*, t. I, La Rocca, Buenos Aires, dir. Trigo Represas y Stiglitz, 1991, pp. 227-254.
- BRENNWALD, Stephen F.: *Proving causation in «loss of a chance» cases: a proportional approach*, Catholic Univ. L. Rev., núm. 34, 1985, pp. 747-790.
- BULLINGTON, Stephen A.: *Arizona's loss of a chance doctrine: not a cause of action, but more than an evidentiary rule*, Arizona Attorney, núm. 33, 1997, pp. 28-34.
- BUSNELLI, Francesco Donato: *Perdita di una «chance» e risarcimento del danno*, nota S. Tr. Apel. París, 06-03-1994, Foro it., 1965/4, cc. 47-52.
- *Lesione di interessi legittimi: dal «muro di sbarramento» alla «rete di contenimento»*, Danno resp., 1997/3, pp. 269-275.
- *La responsabilità civile dello Stato*, Danno resp., 1999/1, pp. 10-17.

- *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il «muro» degli interessi legittimi*, Riv. Dir. civ., 2000/3, pp. 335-354.
- BUSSANI, Mauro y MATTEI, Ugo: *The common core approach to european private law*, página web Univ. Trento <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Common.core/Insearch.html>.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: *La responsabilidad de los abogados*, en AAVV, *Derecho de daños. Libro homenaje al prof. Mosset Iturraspe*, t. I, La Rocca, Buenos Aires, dir. Trigo Represas y Stiglitz, 1991, pp. 472-493.
- BUSTO LAGO, José Manuel: *La indemnización debida por los daños causados en estado de necesidad*, RDP, t. 81, 1997/6, pp. 457-485.
- CABANELLAS TORRES, Guillermo: *Diccionario Enciclopédico de Derecho usual*, 12ª ed. revis. ampl. act. L. Alcalá-Zamora Castillo, Heliasta, Buenos Aires, t. 2, 1979.
- CACCIAVILLANI, Ivone: *Il risarcimento del danno da atto amministrativo illegittimo*, Giust. civ., 2000, pp. 1579-1584.
- CADIET, Loïc: *Métamorphose du préjudice*, en AAVV, *Les métamorphoses de la responsabilité. Colloque común aux Facultés de droit de l'Université de Montréal, de l'Université catholique de Nimègue et de l'Université de Poitiers. Sixièmes Journées René Savatier*, pról. C. Chêne, Presses Universitaires France, Paris, 1997, pp. 37-64.
- CALABRESI, Guido: *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, prolog. trad. J. Bisbal Méndez, Ariel, Barcelona, 1984.
- CALAMANDREI, Piero: *Limiti di responsabilità del legale negligente*, Riv. trim. Dir. proc. civ., 1931/2, pp. 260 ss.
- CAMPUZANO TOMÉ, Herminia: *Nociones generales sobre responsabilidad civil (Doctrina, Jurisprudencia y Legislación)*, Forum, Oviedo, 1997.
- CANARIS, Claus-Wilhelm: *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, pról. C. Paz-Ares, trad. D. Brückner y J. L. de Castro, Civitas, Madrid, 1995.
- CAPELLI, Fausto: *Procedura di ricorso in materia di appalti pubblici*, Dir. comun. scambi intern., 1990/1-2.
- CAPORALI, P.: *Alla ricerca della «chance» perduta*, Corr. giur., 1992, pp. 1021 ss.
- CAPPAGLI, E.: *Perdita di una «chance» e risarcibilità del danno per ritardo nella procedura di assunzione*, Giust. civ., 1984/1, pp. 1841 ss.
- CARANTA, Roberto: *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*,

- nota S. Tr. Cas., Civil (Seccs. Unidas), 22 jul. 1999, núm. 500, Foro it., 1999/1, cc. 3201-3212.
- *Responsabilità per lesione di interessi legittimi*, coment. S. Tr. Cas., Civil (Seccs. Unidas), 22 jul. 1999, núm. 500, Resp. prev., 1999/3, pp. 930-957.
- *Attività amministrativa ed illecito aquiliano. La responsabilità della pubblica amministrazione dopo la legge 21 luglio 2000, n. 205*, Giuffrè, Milano, 2001.
- *Margini di apprezzamento e responsabilità della pubblica amministrazione*, en AAVV, *La tutela dell'interesse al provvedimento*, dir. G. Falcon, Univ. Studi Trento, Trento, 2001, pp. 289-319.
- CARBONE, Vincenzo: *La Cassazione riconosce la risarcibilità degli interessi legittimi*, Danno resp., 1999/10, pp. 974-977.
- *Provvedimento illegittimo e dannoso: il nuovo orientamento della giustizia amministrativa*, Danno resp., 2001/3, pp. 302-316.
- *Il giudice amministrativo adotta la responsabilità da «contatto procedimentale»*, nota S. Cons. Estado (Secc. IV), 6 ag. 2001, núm. 4239, Danno resp., 2002/2, pp. 183-199.
- CARINGELLA, Francesco: *La prova del danno. Profili processuali*, en AAVV, *Il sistema della giustizia amministrativa. Dopo il decreto legislativo n. 80/98 e la sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione n. 500/99 (Atti dell'incontro di studio svoltosi a Roma-Palazzo Spada, 18 novembre 1999)*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 199-219.
- CARNELUTTI, Francesco.: *Teoría general del Derecho*, trad. C. G. Posada, Ed. R. Der. Priv., Madrid, 1941.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Comentario del artículo 1106 del Código civil*, en AAVV, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. M. Albala-dejo García, t. 15, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1989, pp. 666-709.
- CARROZZA, Lucia y FRACCHIA, Fabrizio: *Articolo 35 decreto legislativo 80/98 e risarcibilità degli «interessi meritevoli di tutela»: prime applicazioni giurisprudenziali*, Foro it., 2000/2, cc. 200-213.
- CASSETTA, Elio: *Manuale di Diritto amministrativo*, 3ª ed. revis. act., Giuffrè, Milano, 2001.
- CASINO RUBIO, Miguel: *El Derecho sancionador y la responsabilidad patrimonial de la Administración*, Document. adm., núm. 254-255, 1999, pp. 339-385.
- CASSESE, Sabino: *La globalización jurídica*, pról. L. Ortega Álvarez, trad. L. Ortega Álvarez, I. Martín Delgado, I. Gallego Córcoles, Inap/Marcial Pons, Madrid, 2006.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. IV, *Derecho de*

- Obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, 15ª ed., revis. act. J. Ferrandis Vilella, Reus, Madrid, 1993.
- CASTRIOTA-SCANDERBEG, Giulio: *La tutela degli operatori nei confronti della pubblica amministrazione secondo la disciplina comunitaria degli apalti*, Dir. comunit. scambi intern., 1990/1-2, pp. 150-156.
- CAVANILLAS MÚGICA, Santiago: *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 1987.
- *Efectos de la responsabilidad civil «ex delicto». Reparación del daño. Indemnización de perjuicios materiales y morales*, en AAVV, *La responsabilidad civil «ex delicto»*, coord. G. Quintero Olivares, Aranzadi, Cizur Menor, 2000, pp. 101-145.
- CAVANILLAS MÚGICA, Santiago y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel: *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual*, Ceura, Madrid, 1992.
- CAZEAUX, Pedro Néstor: *Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de «chances»*, en AAVV, *Temas de responsabilidad civil*, Libro homenaje al prof. A. M. Morello, Edit. La Platense, La Plata, 1981.
- CAZEAUX, Pedro Néstor y TRIGO REPRESAS, Félix Alberto: *Derecho de las obligaciones*, t. 1º, Edit. Platense, La Plata, 2ª ed., 1976.
- CAZZETTA, Giovanni Pietro: *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Giuffrè, Milano, 1991.
- CENDON, Paolo: *Esistere o non esistere*, en AAVV, *Trattato breve dei nuovi danni. Il risarcimento del danno esistenziale: aspetti civili, penali, medico legali, processuali*, bajo su dir., vol. I, Cedam, Padova, 2001, pp. 1-109.
- CENDON, Paolo; GAUDINO, Luigi; y ZIVIZ, Patrizia: *Sentenze di un anno-1992*, en AAVV, *La responsabilità extracontrattuale. Le nuove figure del risarcimento del danno nella giurisprudenza*, dir. P. Cendon, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 647-695.
- CERDÁ OLMEDO, Miguel: *Responsabilidad civil por daños futuros*, ADC, 1985/3, jul-sept., pp. 623-647.
- CHABAS, François: *L'influence de la pluralité de causes sur le droit a réparation*, LGDJ, Paris, 1967.
- *La perte d'une chance en droit français*, en AAVV, *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, dir. O. Guillod, Centre Études Juridiques Européennes, Genève/Zurich, 1991, pp. 131 ss. (trad. española, *La pérdida de una «chance» en el Derecho francés*, Jurispr. Arg., 1994/4, pp. 928 ss.).
- *La perdita di «chance» nel diritto francese della responsabilità civile*, Resp. civ. previd., 1996, pp. 227-245.

- *Cent ans de responsabilité civile*, Gaz. Palais, núms. 236-237, 23 ag. 2000, Doctr., ap., pp. 2-35.
- CHABAS, François; PÉTERKA, Nathalie; y CHABAS, Cécile: voz *Force majeure*, en *Encyclopédie Juridique Dalloz*, t. V, Dalloz, Paris, 1998, pp. 1-19.
- CHEMERS, Robert Marc; y FRANCO, Robert J.: *The lost chance doctrine could bring recovery for the increased risk of harm*, Chicago Bar Ass. Rec., núm. 5, 1991, pp. 27-32.
- CIRILLO, Gianpiero Paolo: *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio. Profili sostanziali e processuali*, Cedam, Padova, 2001.
- COBREROS MENDAZONA, Edorta: *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Civitas, Madrid, 1995.
- *¿Responsabilidad patrimonial del Defensor del Pueblo?*, RAP, núm. 159, sep.-ago., 2002, pp. 209-220.
- *El Tribunal de Justicia de Luxemburgo confirma la posible responsabilidad patrimonial del Defensor del Pueblo*, RAP, núm. 164, mayo-ago. 2004, pp. 191-199.
- COLEMAN, Jules L.: *La justicia correctiva y el enriquecimiento sin causa*, trad. esp. C. F. Rosenkrantz, en AAVV, *La responsabilidad extracontractual*, comp. C. F. Rosenkrantz, Gedisa, Barcelona, 2005, pp. 57-70.
- *La concepción mixta de la justicia correctiva*, trad. esp. C. F. Rosenkrantz, en AAVV, *La responsabilidad extracontractual*, comp. C. F. Rosenkrantz, Gedisa, Barcelona, 2005, pp. 71-84.
- COLELLA, Ugo, PERROCHET, Lisa y SMITH, Sandra J.: *Lost chance recovery and the folly of expanding medical malpractice*, Tort Insurance L. Journal, núm. 27, 1992, pp. 615-637.
- COLINA GAREA, Rafael: *La relación de causalidad*, en AAVV, *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, dir. J. M. Pena López, Cálamo, 2004, pp. 77-100.
- COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio: *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis: *Derecho de daños*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1999.
- CORMIER, Christine: *Le préjudice en droit administratif français. Étude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, pról. D. Truchet, LGDJ, Paris, 2002.
- COROMINAS VIGNEAUX, J.: *Diccionario crítico etimológico de la lengua castellana*, vol. I, 3ª reimpr., Gredos, Madrid, 1976.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Comentario del Código civil*, dir. R. Bercovitz

- Rodríguez-Cano, L. Díez-Picazo Ponce de León, C. Paz-Ares Rodríguez y P. Salvador Coderch, t. II, Min. Just., Madrid, 1991, pp. 319-324.
- COSCULLUELA MONTANER, Luis Manuel: *Reflexiones sobre la prueba en el proceso contencioso-administrativo. Acerca de la aplicación al procedimiento contencioso administrativo ordinario de las normas reguladoras de la prueba de la Ley 1/2000 (LEC)*, en *La justicia administrativa. Libro homenaje al prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, coord. M. J. Montoro Chiner, Atelier, Barcelona, 2003, pp. 401-412.
- *Manual de Derecho administrativo*, vol. I, 17^a ed., Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2006.
- COSÌ, Anna Rosa: *Risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi: storia di una sentenza*, Dir. comunit. scambi intern., 2000/1, pp. 131-143.
- COURTIS, Christian; *Detrás de la Ley. Lineamientos de análisis ideológico del Derecho*, en AAVV, *Observar la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, pról. M. Atienza, dir. C. Courtis, Trotta, Madrid, 2006, pp. 349-392.
- COVIELLO, Nicola: *La responsabilità senza colpa (Prolusione al corso di Diritto civile nella Reale Università di Catania)*, Riv. it. Scienze giur., XXIII, 1, 1897, pp. 188-216.
- CRESPO MORA, M^a Carmen: *La responsabilidad del abogado en el Derecho civil*, pról. J. M. Miquel González, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2005.
- CRISTÓBAL MONTES, Ángel: *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1987.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio: *Los métodos para el jurista*, en AAVV, *Observar la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, pról. M. Atienza, dir. C. Courtis, Trotta, Madrid, 2006, pp. 17-39.
- DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Aranzadi, Elcano, 2000.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: *Indeterminación del causante de un daño extracontractual (Sentencias de la Audiencia Territorial de Burgos de 4 de diciembre de 1980 y de Palma de Mallorca de 24 de enero de 1981)*, RGLJ, 1983, pp. 23-76.
- *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Civitas, Madrid, 1990.
- *Tratado de Responsabilidad civil*, Civitas/Univ. Deusto, Madrid, 1993.
- *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Civitas, Madrid, 1995.
- *Actuación dañosa de los grupos*, R. Jur. Cataluña, 4/1997, pp. 975-1006.

- *Prólogo a I. DE CUEVILLAS MATOZZI, La relación de causalidad en la órbita del Derecho de daños*, reseñada, pp. 13-31.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *La indemnización por causa de muerte. Estudio en torno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ADC, 1956/2, abr.-jun., pp. 494-504.
- *Los bienes de la personalidad*, en *Temas de Derecho civil*, ed/a, Madrid, 1972, pp. 7-34.
- DE COSSÍO Y CORRAL, Alfonso: *La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio de Derecho español*, ADC, t. 19, 1965/3 (jul.-sep.), pp. 527-554.
- DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio: *La relación de causalidad en la órbita del Derecho de daños (Su perspectiva desde la doctrina del Tribunal Supremo)*, pról. R. de Ángel Yágüez, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- DE CUPIS, Adriano: *Il danno. Teoria generale de la responsabilità civile*, 2ª ed., 2 vols., Giuffrè, Milano, 1966, 1970; *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, trad. est. preliminar A. Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1975.
- *Il risarcimento della perdita di una «chance»*, coment. S. Tr. Cas., Lab., 19 dic. 1985, núm. 6506, Giurispr. it., 1986/1/1, cc. 1181-1183.
- DE FERRA Claudio: *De Finetti, la rivoluzione della probabilità*, Assic., 2002, núm. 2, pp. 185-199.
- DE KEZEL, Evelien: *Personal injury compensation in Belgium*, en AAVV, *Personal Injury Compensation in Europe*, dir. W. Resch, coords. M. Bona y Ph. Mead, Peopil Research Group/Kluwer, Deventer (Holanda), 2003, pp. 39-71.
- DE PALMA, Michele: *La decisioni del giudice amministrativo sul risarcimento del danno: la procedura di determinazione del danno di cui all'articolo 35 d. lgs. N. 80/98*, en E. R. GAROFOLI/G. M. RACCA/M. DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 483-501.
- DE PRETIS, Daria: *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, coment. S. Cons. Estado (Secc. 4ª), 9 abr. 1999, núm. 601, Giorn. Dir. amm, 1999/12, pp. 1179-1183.
- DE ROSA, Antonio: *Il danno da perdita di «chance»*, www.studiogiuridico.it, cons. 8 en. 2004, 8 pp.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: *La responsabilidad extracontractual (arts. 1969-1988)*, 3ª ed., 2 Vols, Pontif. Univ. Cat. Perú, Lima, 1988.
- DE VICENTE DOMINGO, Elena: *Daños corporales: tipología y valoración*, Bosch, Barcelona, 1994.

- *El daño*, en AAVV, *Tratado de responsabilidad civil*, coord. L. F. Reglero Campos, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, cap. 3º, pp. 201-283.
- DEGUERGUE, Maryse: *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, pról. J. Morand-Deville, LGDJ, Paris, 1994.
- DEJEAN DE LA BÂTIE, Noël: *Responsabilité délictuelle*, Litec, Paris, 1989 (t. VI-2, 8ª ed. de *Droit civil français*, de C. Aubry y F. Rau, dir. A. Ponsard e I. Fadlallah; inclusión aportaciones P. Esmein).
- DEMOGUE, René: *Traité des obligations en général*, t. 4, Rousseau, Paris, 1923.
- DERRIENNIC, Yves: *Pascal et le problèmes du chevalier de Méré. De l'origine du calcul des probabilités aux mathématiques financières d'aujourd'hui*, *Gaz. Math.*, núm. 97, jul. 2003, pp. 45-71; <http://smf.emath.fr/Publications/Gazette>.
- DESDENTADO DAROCA, Eva: *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, pról. J. Leguina Villa, 2ª ed., Aranzadi, Elcano, 1999.
- *Reflexiones sobre el artículo 141.1 de la Ley 30/1992 a la luz del análisis Económico del Derecho*, REDA, núm. 108, 2000, pp. 533-563.
- DEUTSCH, Erwin: *Allgemeines Haftungsrecht*, 2ª ed., Carl Heymanns Verlag KG, Köln/Berlin/Bonn/München, 1996.
- DI GIACOMO, Carlo: *Il danno da lucro cessante e l'evoluzione dei criteri risarcitori attraverso gli orientamenti della giurisprudenza*, en AAVV, *Danno emergente. Lucro cessante. La riduzione della capacità valorativa: opinioni a confronto per un problema di attualità*, pons. comunic. VI Congreso Médico-Jurídico, Asoc. Melchiorre Gioia (Pizzomunno, Calabria, 1996, mayo), Collanna Medico-Giuridica, dir. G. Cannavò, Acomep, Pisa, 1997, pp. 126-142.
- DI GREGORIO, Valentina: *La valutazione equitativa del danno*, Cedam, Padova, 1999.
- DIANA, Antonio Gerardo: *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione*, Cedam, Padova, 2000.
- DÍAZ ALABART, Silvia: *La facultad de moderación del artículo 1103 del Código civil*, ADC, t. 40. 1987/3, pp. 1133-1224.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. 1º, Tecnos, Madrid, 1966.
- *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, t. I, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1996; t. 2, *Las relaciones obligatorias*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1993.
- *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999.
- *Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual*, An. Fac. Der. Univ. Autón. Madrid, *La responsabilidad en el Derecho*, dir. F. Pantoja Prieto, núm. 4, 2000, pp. 153-166.

- DÍEZ-PICAZO, Luis; y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Instituciones de Derecho civil*, t. 1, vol. 2, *Doctrina general del contrato y de las obligaciones. Contratos en especial. Cuasicontratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1998.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; ROCA TRIAS, Encarna; y MORALES MORENO, Antonio Manuel: *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María: *Legal comparison as an instrument of the European integration process*, in *Studies on European Public Law. The Europeanization of Public Law and the European Constitution*, dir. L. Ortega Álvarez, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 13-23.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón H.: *El hecho de la víctima como causa de exoneración de la responsabilidad civil*, R. Der. Univ. Concepción (Chile), núm. 136, 1966/2, pp. 29-54.
- DUFWA, Bill: *Personal injury compensation in Sweden*, en AAVV, *Personal Injury Compensation in Europe*, dir. W. Resch, coords. M. Bona y Ph. Mead, Peopil Research Group/Kluwer, Deventer, 2003, pp. 459-480.
- DUNI, Giovanni: *Lo Stato e la responsabilità patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 1968.
- *Interessi legittimi, risarcimento del danno e doppia tutela. La Cassazione ha compiuto la rivoluzione*, coment. S. Tr. Cas., Civil (Seccs. Unidas), 22 jul. 1999, núm. 500, Giust. it., www.giust.it/articoli, cons. 16 mar. 2002, 10 pp.
- ELLIS, Lori R.: *Loss of chance as technique: toeing the line at fifty percent*, Texas L. Rev., núm. 72, 1993, pp. 359-402.
- ENNECCERUS, Ludwig y H. C. NIPPERDEY: *Tratado de Derecho civil*, t. I, *Parte General, Derecho civil (parte general)*, vol. 2º, con anotaciones de B. Pérez González y J. Alguer Micó, trad. de la 35ª ed. alemana, Bosch, Barcelona, 1947.
- ESCOBAR GIL, Rodrigo A.: *Responsabilidad contractual de la Administración Pública*, Temis, Bogotá, 1989.
- ESMEIN, Paul: *La nez de Cléopwtre ou les affres de la causalité*, Recueil Dalloz, 1964, Chron., pp. 205-216.
- ESTEVE PARDO, José: *Técnica, Riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Ariel, Barcelona, 1999.
- FACCI, Giovanni: *L'errore dell'avvocato, l'appello tardivo e la «chance» di vincere il processo*, nota S. Tr. Cas., Civil (Secc. 3ª), 26 febr. 2002, núm. 2836, Resp. civ. previd., 2002/2, pp. 1376-1389.
- FALCON, Giandomenico: *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, en AAVV, *La tutela dell'interesse al provvedi-*

- mento (Trento, 2000, sept.), bajo su dir., Univ. Studi Trento, Trento, 2001, pp. 287-329.
- FAVALE, Rocco: *La responsabilità civile del professionista forense*, Cedam, Padova, 2002.
- FELDMANN, Howard Ross: *Chances as protected interests: recovery for the loss of a chance and increased risk*, Univ. Baltimore L. Rev., núm. 17, 1987, pp. 139-159.
- FEOLA, Maria: *Il danno da perdita delle chances di sopravvivenza o di guarigione accolto in cassazione*, nota S. Tr. Cas., Civil (Secc. 3ª), 4400/2004, de 4 de marzo de Danno resp., 1/2005, pp. 49-56.
- FERNÁNDEZ ASTUDILLO, José María: *Los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras, de suministro y de servicios en la Unión Europea. La nueva directiva reguladora de los contratos públicos*, Bosch, Barcelona, 2005.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *De la arbitrariedad de la Administración*, 4ª ed. correg., Civitas, Madrid, 2002.
- *El problema del nexo causal y la responsabilidad patrimonial de la Administración*, en AAVV, *Homenaje a Segismundo Royo-Villanova*, Moneda y Crédito, Madrid, 1977.
- FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ARÉVALO, Francisco: *Responsabilidad civil sin culpa y responsabilidad objetiva*, Ans. Acad. Matrit. Not., t. 13, 1962, pp. 25-45.
- FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 7ª ed., pról. N. Bobbio, trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, R. Cantarero Bandrés, Trotta, 2005.
- FERRER BELTRÁN, Jordi: *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005.
- FERRO-LUZZI, Federico: *L'imputazione precontrattuale. Il preliminarare e le trattative*, Cedam, Padova, 1999.
- FIERRO, Guillermo Julio: *Causalidad e imputación. Caso fortuito. Imputación objetiva. Tentativa. Delitos de omisión, culposos y preterintencionales. Causalidad científica. Delito imposible*, Astrea, Buenos Aires, 2002.
- FISCHER, David A.: *Tort recovery for loss of a chance*, Wake Forest L. Rev., núm. 36, 2001, pp. 605-655.
- FISCHER, Hans Albrecht: *Los daños civiles y su reparación*, trad. anots. W. Roces Suárez, Libr. Gen. Victoriano Suárez, Madrid, 1928.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor: *El Derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, R. Latinoamericana Der., 2004/1, en-feb., pp. 141-180.

- FLEISCHER, Holger: *Schadenersatz für verlorene Chancen in Vertrags- und Deliktsrecht*, JZ, núm. 54, 1999, pp. 766 ss.
- FONT I LLOVET, Tomàs: *Prólogo a MIR PUIGPELAT, La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, reseñada, pp. 19-25; también bajo título *Hacia la «escala» de responsabilidad: primer paso, la anulación de actos discrecionales (A propósito de la STS de 28 de junio de 1999)*, REDA, núm. 106, 2000/2, pp. 238-243.
- FORAN, Ellen M.: *Medical malpractice: a lost chance is a compensable interest*, Bridgeport L. Rev., núm. 12, 1992, pp. 471-503.
- FOX, Michael J.: *The loss of chance doctrine in medical malpractice*, Air Force L. Rev., núm. 33, 1990, pp. 97-104.
- FRACCHIA, Fabrizio: *Risarcimento danni da c.d. lesione di interessi legittimi: deve riguardare i soli interessi a «risultato garantito»?», nota S. TAR Puglia, Secc. Lecce, 4 abr. 2000, núm. 1401, Foro it., 2000/3, cc. 479-485.*
- FRANK, Jerome: *Derecho e incertidumbre*, 2ª ed., trad. original inglés *Short of sickness and death: a study of moral Responsibility in Legal Criticism*, NY Univ. L. Rev., oct. 1951, núm. 4, C. M. Bidegain, pról. J. Cueto Rúa, Fontamara, México D. F., 1993.
- FRANZONI, Massimo: *Dei Fatti Illeciti (art. 2043-2059)*, en AAVV, vol. *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, dir. F. Galgano, Zanichelli, Bologna, 1993.
- *Danno al patrimonio*, Cedam, Padova, 1996.
- GALÁN CORTÉS, Julián César: *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, pról. R. de Ángel Llagues, Civitas, Madrid, 2001.
- *La responsabilidad civil médica*, en AAVV, *La responsabilidad civil profesional*, CGPJ, Madrid, 2003, pp. 133-318.
- *La responsabilidad civil médica*, pról. F. Marín Castán, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2005.
- GALGANO, Francesco: *Diritto civile e commerciale*, vol. 1, *Le categorie generali. Le persone. La proprietà*, 2ª ed., Cedam, Padova, Milano, 1996.
- GAMBARO, Antonio: *La sentenza n. 500 ed il Diritto civile dello Stato*, Riv. Dir. civ., 2000, pp. 355-389.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: *La traducción española de la parte general del Código europeo de contratos*, Rev. Jur. Not., núm. 44, 2002, oct.-dic., pp. 209-396.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo: *Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, ADC, t. VIII, 1955/4, pp. 1023-1163.
- *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa. Potestad expropia-*

- toria. Garantía patrimonial. Responsabilidad civil de la Administración*, Inst. Ests. Políts., Madrid, 1956; 2ª ed. (reimpr.), pról. *ad hoc*, Civitas, Madrid, 1984.
- *La lucha contra las inmunidades del poder (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1979.
 - *Valeur de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme en droit espagnol*, en AAVV, *Protection des droits de l'homme: la dimension européenne (Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda)*, dir. F. Matscher y H. Petzol, Carl Heymanns Verlag, 1988, pp. 221-230.
 - *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995.
 - *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999.
 - *Contencioso-administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del siglo XX. Una visión histórica y comparatista*, en *Problemas del Derecho Público al comienzo de siglo. Conferencias en Argentina*, pról. A. Gordillo, Civitas, Madrid, 2001, pp. 65-86.
 - *Prólogo a O. MIR PUIGPELAT, La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, reseñada, pp. 19-26.
 - *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho español*, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2005.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 11ª ed., Civitas, Madrid, 2002; t. II, 9ª ed., Thomson/Civitas, Madrid, 2004.
- GARCÍA DE LA CALZADA, Marta: *Comentario a los artículos 149-151*, en AAVV, *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, coord. E. Jiménez Aparicio, pról. F. Sainz Moreno, Aranzadi, Madrid, 2002, pp. 1341-1362.
- GAROFOLI, E. Roberto: *Danno da lesione di interesse legittimo e diritto comunitario*, Urb. app., 1997/2, pp. 253-266.
- GARRI, Guglielmo: *La quantificazione del danno*, en G. GARRI/R. GIOVAGNOLI, *Responsabilità civile delle Amministrazioni e dei dipendenti pubblici*, Itaedizioni, Torino, 2003, pp. 106-121.
- GARRIDO FALLA, Fernando: *Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa*, RAP, núm. 94, 1997/2, pp. 173-188.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina: *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2004.
- GAUDINO, Luigi: *Gli interessi protetti nell'articolo 2043 codice civile*, en AAVV, *La responsabilità extracontrattuale. Le nuove figure di risarcimento del danno nella giurisprudenza*, dir. P. Cendon, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 209-311.

- GERN, Alfons: *Die Ermessensreduzierung auf Null*, DVBl., 1987, pp. 1194-1199.
- GHERSI, Carlos Alberto: *Teoría general de la reparación de daños*, Astrea, Buenos Aires, 1997.
- GIANNINI, Gennaro: *Danno biologico e danno patrimoniale*, en AAVV, *Il danno. Biologico, patrimoniale, morale*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1995, pp. 75-97.
- GIANNINI, Massimo Severo: *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Giuffrè, Milano, 1939.
- *Diritto Amministrativo*, 2 vols, Giuffrè, Milano, 1970.
- GIBSON, Elaine: *Loss of Earning capacity for the female tort victim: comment on Teoneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, Canadian Cases L. Torts (2d), núm. 17, 1994.
- GIMENO FELIÚ, José María: *La Directiva de recursos y su incorporación al ordenamiento español*, en AAVV, *La contratación pública en los llamados sectores excluidos. Agua, Energía, Transportes, Telecomunicaciones*, present. V. López-Ibor Mayor, Civitas, Madrid, 1997, pp. 281-302.
- *El sistema de recursos en la contratación pública: reflexiones sobre el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa en España*, en AAVV, *La riforma della giustizia amministrativa in Italia ed in Spagna. Atti del Convegno di studi italo-spagnolo* (Palermo, 2001, marzo), dir. S. Raimondi y R. Ursi, Giappichelli, Torino, pp. 271-297.
- *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación. La incidencia de las Directivas comunitarias en el Ordenamiento jurídico español*, Civitas, Madrid, 2003.
- GIOVAGNOLI, Roberto: *L'elemento oggettivo: il danno ingiusto*, en G. GARRI y R. GIOVAGNOLI, *Responsabilità civile delle amministrazioni e dei dipendenti pubblici*, Itaedizioni, Torino, 2003, pp. 32-105.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel: *Causalidad, imputación y calificación del resultado*, Min. Just., Madrid, 1988.
- GÓMEZ POMAR, Fernando: *Carga de la prueba y responsabilidad objetiva*, Indret. Revista para el análisis del Derecho, www.indret.com, 1/2000, 17 pp.
- *Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado y daño moral*, coment. STS, Sala 1ª, de 8 de abril de 2003, Indret. Revista para el análisis del Derecho, www.indret.com, 3/2004, 7 pp.
- GÓMEZ PUENTE, Marcos: *La inactividad de la Administración*, pról. L. Martín Rebollo, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2000.

- GOMIS CATALÁ, Lucía: *Responsabilidad por daños al Medio Ambiente*, Aranzadi, Cizur Menor, 1998.
- GONDRA ROMERO, José María: *¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía? A propósito de una teoría del Derecho que postula una Jurisprudencia orientada por el valor de la «eficacia económica»*, R. Der. Merc., núm. 226, 1997, pp. 1545-1672.
- GOLD, Steve: *Causation in toxic torts: burdens of proof, standards of persuasion, and statistical evidence*, Yale L. Journal, núm. 96, 1986, pp. 376-402.
- GOLDENBERG, Isidoro H.: *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1984.
- GONZÁLEZ GUTIÉRREZ-BARQUÍN, Pedro: *Responsabilidad sanitaria como consecuencia de la asistencia sanitaria*, en AAVV, *Manual de responsabilidad pública. Homenaje a Pedro González Gutiérrez-Barquín*, dir. J. de Fuentes Bardají, coord. I. Arteagabeitia González, Min. Just./Min. Ec. Hac., Madrid, 2004, pp. 638-648.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel: *Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal*, Jueces para la Democracia, núms. 46-47, 2003, <http://www.cervantesvirtual.com>.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, 4ª ed., Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2006.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José: *Del homicidio y sus formas (I). El homicidio*, en AAVV, *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, dir. M. Cobo del Rosal, Marcial Pons, 1996, pp. 13-60.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago: *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Civitas/Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- *El control judicial sobre la adjudicación del contrato mediante concurso*, Just. adm., núm. 18, 2003, pp. 45-61.
- *El contrato administrativo*, Civitas, Madrid, 2003.
- GRAGNOLI, Enrico: *Considerazioni sul risarcimento del danno per perdita di «chance» nei concorsi privati*, en AAVV, *Studi in onore di Gustavo Romanelli*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 619-640.
- *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, nota S. Tr. Cas., Civil (Seccs. Unidas), 22 jul. 1999, núm. 500, Riv. it. Dir. pubbl. comunit., 1999/5, pp. 1126-1131.
- GRECO, Guido: *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, nota S. Tr. Cas. (Seccs. Unidas), 22 jul. 1999, núm. 500, Riv. it. Dir. pubbl. comunit., 1999/5, pp. 1126-1131.

- GREITER, IVO: *Personal injury compensation in Austria*, en AAVV, *Personal Injury Compensation in Europe*, dir. W. Resch, coords. M. Bona y Ph. Mead, Peopil Research Group/Kluwer, Deventer, 2003, pp. 19-37.
- GRIGELMO, Alex: *Defensa apasionada del idioma español*, Taurus, Madrid, 1998.
- GUICHOT REINA, Emilio: *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*, pról. J. Barnés, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1968.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar: *Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas*, 2ª ed., Comares, Granada, 2006.
- GUZMÁN, Nicolás: *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, pról. L. Ferrajoli, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- HAMER, David: *Chance would be a fine thing: proof of causation and «quantum» in an unpredictable world*, Melbourne Univ. L. Rev., núm. 33, 1999, pp. 557-633.
- HARVEY, Barbara y MARSTON, John: *Cases and Commentary on tort*, Pitman Publishing, London, 1994.
- HENAO, Juan Carlos: *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*, Univ. Externado Colombia, Bogotá, 1998.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *La responsabilidad civil en la Ley de 24 de diciembre de 1962*, Pretor, ene.-feb. 1964, pp. 87-95.
— *La inversión de la carga de la prueba y la responsabilidad objetiva en los daños causados por automóviles: una primera aproximación de la jurisprudencia*, en *Obras Completas*, t. III, *Derecho de Obligaciones*, Espasa-Calpe, Madrid, 1988, pp. 545-556.
- HERRERA PETRUS, Christian: *La obtención internacional de pruebas. Asistencia jurisdiccional en Europa*, pról. G. A. Bermann, Publics. Real Col. Esp., Studia Albornotiana núm. LXXXVIII, Bolonia, 2005.
- HONORÉ, Anthony Maurice: *Causation and remoteness of damage* (Cap. 7º), en vol. 11º de la *Internacional Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen/Paris/New York, 1983, p. 76, pp. 1-156.
- HONORÉ, Anthony Maurice; y HART, Herbert Lionel Adolphus: *Causation in the Law*, Oxford Univ. Press, Oxford, 1959 (reimpr. 1973).
- HOPF, Wulf: *Kausalität und nicht-experimentelle Daten: Ein Beispiel aus der empirischen Bildungsforschung*, en AAVV, *Kausalität und Zurechnung*

- über Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, dir. W. Lübbe, De Gruyter Berlin, 1994, pp. 245-264.
- HORNUNG, Douglas: *Personal injury compensation in Switzerland*, en AAVV, *Personal Injury Compensation in Europe*, dir. W. Resch, coords. M. Bona y Ph. Mead, Peopil Research Group/Kluwer, Deventer, 2003, pp. 481-527.
- HUERGO LORA, Alejandro: *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, Elcano, 2000.
- *La nueva regulación de los contratos públicos en Alemania. Reflexiones desde el Derecho español*, en AAVV, *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, coord. F. Sosa Wagner, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 1841-1878.
- IARIA, Domenico: *La risarcibilità della lesione di interessi legittimi nel contenzioso del lavoro pubblico*, Lav. pubbl. amm., 2000, pp. 249-270.
- ILLESCAS RUS, Ángel: *El daño moral estricto*, en AAVV, *Valoración judicial de daños y perjuicios*, dir. J. Fernández Entralgo, Cuads. Der. Jud., t. II, Cons. Gen. Poder Jud., Madrid, 1999, pp. 227-327.
- *Práctica y valoración del dictamen pericial*, en AAVV, *Psicología del testimonio y prueba pericial*, Cuads. Der. Jud., Cons. Gen. Poder Jud., Madrid, 2006, pp. 105-295.
- IRIBARNE, Pedro-Héctor: *De los daños a la persona*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1995.
- JACOBS, Günter: *La imputación objetiva en el derecho penal*, trad. M. Cancio Meliá, 1ª ed., Univ. Externado de Colombia, Bogotá, 1994.
- JAFFEE, Leonard R.: *Of probativity and probability: statistics, scientific evidence, and the calculus of chance at trial*, Univ. Pittsburgh L. Rev., núm. 46, 1985, pp. 925-1082.
- JOHNSTON, Jason Scott: *Bayesian Fact-finding and efficiency: toward an economic theory of liability under uncertainty*, Southern California L. Rev., núm. 61, 1987, pp. 137-181.
- JONES, Michael A: *Textbook on Torts*, 4ª ed., Blackstone Press Limited, London, 1993.
- JORDANO FRAGA, Jesús: *La reparación de los daños catastróficos*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- JORGE, Fernando Pessoa: *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1999.
- JOSSERAND, Louis: *Derecho Civil*, t. II, vol. 1º, *Teoría general de las Obligaciones*, trad. S. Cunchillos Manterola, Bosch, Buenos Aires, 1950.

- KAYE, David: *The limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation*, Am. B. Found. Res. Journal., 2/1982, pp. 487-516.
- KEITH, Darrell L.: *Loss of chance: a modern proportional approach to damages in Texas*, Baylor L. Rev., núm. 44, 1992, pp. 759-823.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída Rosa; y PARELLADA, Carlos: *La responsabilidad por el hecho de otro*, en AAVV, *Responsabilidad civil*, dir. J. J. Mosset Iturraspe, 1ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1992, pp. 141-173.
- *Los factores subjetivos de atribución*, en AAVV, *Responsabilidad civil*, dir. J. Mosset Iturraspe, Hammurabi, Buenos Aires, 1992, pp. 141-173.
- KIEFFER, Jonathan: *The case for across-the-board application of the loss-of-chance doctrine*, Defense Counsel Journal, núm. 64, 1997, pp. 568-579.
- KING, Joseph H.: «*Reduction of likelihood*» *reformulation and other retrofitting of the loss-of-a-chance doctrine*, Univ. Memphis L. Rev., núm. 28, 1998, pp. 491-559.
- KÖTZ, Hein: *Deliktsrecht*, 8ª ed., Luchterhand, Neuwied/Kriftel, 1998.
- KOZIOL, Hellmut; y STEININGER, Barbara C.: *European Tort Law 2002*, AAVV, bajo su dir., European Group of Tort Law, Springer, Wien, 2003.
- KRONSHAGEN, Arsène: *Personal injury compensation in the Grand-Duchy of Luxembourg*, en AAVV, *Personal Injury Compensation in Europe*, dir. W. Resch, coords. M. Bona y Ph. Mead, Peopil Research Group/Kluwer, Deventer, 2003, pp. 341-353.
- KUHN, Thomas Samuel: *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. A. Contín, Fond. Cult. Econ., Madrid, 1975.
- LA BATTAGLIA, Luigi: *Certeza del danno e difficoltà del quantum*, Danno resp., 2003/10, nota 34, pp. 983-991.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis (y otros): *Elementos de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de Obligaciones*, vol. 1º, *Parte general. Teoría general del contrato*; y vol. 2º, *Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, texto Agustín LUNA SERRANO; nueva ed. revis. act. FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, Dikynson, Madrid, 1999.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos: *Responsabilidad de la Administración por daños causados por el sujeto autorizado*, RAP, núm. 155, 2001/2, pp. 27-57.
- LAMBERT-FAIVRE, Yvonne: *La victime d'un dommage corporel et sont avocat*, Gaz. Palais, 3 sept. 1999, pp. 3-10.
- LANDINI, Sara: *Causalità giuridica e «favor veritatis»*, Riv. Dir. civ., 2003/4, pp. 417-439.

- LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. M. Rodríguez Molinero, 2ª ed. (de la 4ª alemana), Ariel, Barcelona, 1980.
- LE TORNEAU, Philippe: *Observations*, *Juris-Classeur pér.*, Semaine jur., 1970, núm. 16456.
- LE TORNEAU, Philippe y CADIET, Lœic: *Droit de la responsabilité. Responsabilités civile et pénale. Responsabilités civiles délictuelles et quasi délictuelles. Défaillances contractuelles et professionnelles. Régimes spéciaux d'indemnisation*, Dalloz, Paris, 1996.
- LEDDA, Franco: *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1964.
- *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, *Riv. Dir. proc.*, 1983, núm. 4, pp. 371-445.
 - *Agonia e morte ingloriosa dell'interesse legittimo*, *Riv. giur. sarda*, 2000/2, pp. 903-917.
- LEGUINA VILLA, Jesús: *La responsabilidad civil de la Administración pública. Su formulación en el Derecho italiano y análisis comparativo con los ordenamientos francés y español*, pról. E. García de Enterría Martínez-Carande, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 1970; 2ª ed., con artículos incorporados, Tecnos, Madrid, 1983.
- *El fundamento de la responsabilidad de la Administración*, REDA, núm. 23, 1979/4; también, en *La responsabilidad civil de la Administración pública. Su formulación en el Derecho italiano y análisis comparativo con los ordenamientos francés y español*, 2ª ed., pról. E. García de Enterría Martínez-Carande, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 294-315.
 - *La responsabilidad del Estado y de las entidades públicas regionales o locales por los daños causados por sus agentes o por sus servicios administrativos*, RAP, núm. 42, 1980; también, en *La responsabilidad civil de la Administración pública. Su formulación en el Derecho italiano y análisis comparativo con los ordenamientos francés y español*, 2ª ed., pról. E. García de Enterría Martínez-Carande, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 316-360.
 - *La reforma de la Ley de Procedimiento*, *Just. adm.*, ab. 2000, núm. 7, pp. 7-14.
- LEVMORE, Saul: *Probabilistic Recoveries, Restitution, and Recurring Wrongs*, *Journal Legal Stud.*, núm. 19, 1990, pp. 691-726.
- LINACERO DE LA FUENTE, María: *Responsabilidad civil por daños causados por animales. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 13 de febrero de 1996*, RDP, t. 81, 1997/9, pp. 638-670.
- LINDENBERGH, Siewert: *The protection of Secondary Victims: A Comparative Overview*, en AAVV, *Personal Injury Compensation in Europe Series: Fatal Acci-*

- dents & Secondary Victims*, dir. M. Bona, Ph. Mead, S. Lindenberg, XPL Publishing, St. Albans (United Kingdom), 2005, pp. 405-438.
- LIPSE, Richard G. y CHRYSTAL, K. Alec: *Economía*, trad. L. Angeloni, D. Lanzi, G. Mazzanti y C. Ugolini, Zanichelli, Bologna, 1999.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: *Responsabilidad civil, también, del abogado*, Práct. Der. Daños, núm. 11, 2003/12 (Editorial), pp. 3-4.
- LLEWELLYN, Anthony Seys: *Damages. Loss of a chance future earnings*, Journal Personal Injury L., 2002/1, pp. 49-53.
- LÓPEZ DE LA OSA ESCRIBANO, Alfonso: *La convergence de la responsabilité hospitalière en France et en Espagne. Étude comparée*, pról. F. Moderne, Presses Univers. d'Aix-Marseille, Aix-En-Provence, 2005.
- LÓPEZ MENUDO, Francisco; GUICHOT REINA, Emilio; y CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Lex Nova, Valladolid, 2005.
- LÓPEZ-COBO ZURITA, Claudio Ignacio: *Seguro de Responsabilidad Civil (1ª Parte): entorno, riesgos emergentes y últimas tendencias*, R. Resp. civ. Circ. Seg., 2003/11, pp. 6-21.
- LOZUPONE, Roberto: *Il danno da perdita di chance*, www.studiogiuridico.it, cons. 19 en. 2004, 6 pp.
- LUMINOSO, Angelo: *Danno ingiusto e responsabilità della pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi nella sentenza n. 500/1999 della Cassazione*, Dir. pubbl., 2000/1, pp. 55-80.
- LUNA YERGA, Álvaro: *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*, pról. P. Salvador Coderch, Thomson/Civitas, Madrid, 2004.
- *Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria*, InDret. Revista para el análisis del Derecho, www.indret.com, 2/2005, 18 pp.
- MACÍA MORILLO, Andrea: *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*, pról. J. M. Miquel González, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- MAGIDE HERRERO, Mariano: *El criterio de imputación de la responsabilidad in vigilando a la Administración; especial referencia a la responsabilidad de la Administración en su actividad de supervisión de sectores económicos*, en AAVV, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Valladolid, 16-18 de octubre de 1997*, coord. J. L. Martínez López-Muñoz y A. Calonge Velázquez, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 373-397.

- MAGLIANO, Mario: *Il contenzioso degli appalti pubblici nella prospettiva del mercato unico europeo*, Riv. Dir. eur., 1991, pp. 883-893.
- MAKDISI, John, *Proportional liability: A comprehensive rule to apportion tort damages based on probability*, North Carolina L. Rev., núm. 67, 1989, pp. 1063-1101.
- MALARET I GARCÍA, Elisenda: *Los principios del procedimiento administrativo y el responsable del procedimiento*, en AAVV, *Administración Pública y procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, coord. J. Tornos Mas, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 301-336.
- MANGAN, Margaret T.: *The loss of chance doctrine: a small price to pay for human life*, South Dakota L. Rev., núm. 42, 1997, pp. 279-325.
- MANRESA NAVARRO, José María: *Comentarios al Código civil español*, t. VIII, Reus, Madrid, 1929.
- MARKESINIS, Basil Spyridonos: *The German Law of Torts. A Comparative Introduction*, 2ª ed., próls. R. Goff y W. Lorenz, Clarendon Press Oxford, New York, 1990.
- *Doscientos años de un famoso Código: ¿Qué deberíamos estar celebrando?*, trad. J. Moguel y M. Martín Casals, InDret. Revista para el análisis del Derecho, www.indret.com, núm. 249, 2004, 25 pp.
- MARTÍN CASALS, Miquel: *Spanish Translation*, en AAVV, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, SpringerWien/NewYork, Horn, 2005, pp. 267-273.
- *Reflexiones sobre la elaboración de unos principios europeos de responsabilidad civil*, en AAVV, *Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Ponencias 2º Congreso Nacional. Granada. noviembre 2002*, Comares, Granada, 2002, pp. 1-22.
- MARTÍN CASALS, Miquel y RIBOT IGUALADA, Jordi: *Comentario a la STS de 7 de junio de 2002*, CCJC, núm. 60, oct.-dic., 2002, pp. 1097-1121.
- MARTÍN DELGADO, Isaac: *Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo. Hacia un sistema de ejecución objetivo y normalizado*, pról. T. Font i Llovet, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- *La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso-administrativas*, pról. E. García de Enterría, Iustel, Madrid, 2006.
- MARTÍN REBOLLO, Luis: *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1977.
- *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica*, Document. adm., *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, núms. 237-238, 1994/1, pp. 11-104.

- *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones*, RAP, núm. 150, 1999/3, pp. 317-371.
 - *La responsabilidad patrimonial de las Entidades locales*, Iustel, Madrid, 2005.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO: *La Europa de los Derechos Humanos (de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 al Convenio de Roma de 1950, pasando por el Tratado de Maastricht)*, en *La Europa de los Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 1998, pp. 29-63.
- *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, discurso 25 oct. 2004 en recepción pública en Real Acad. Jurispr. Legis., contestación E. García de Enterría, Thomson/Civitas, Madrid, 2004.
 - *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos. Perspectiva española y europeas*, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2006.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA: *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, MANUEL: *El Convenio de Roma y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Derecho español*, R. Gen. Der., núm. 510, 1987.
- MARZUOLI, CARLO: *La responsabilità delle pubbliche amministrazioni per attività amministrative: note introduttive*, en AAVV, *La tutela dell'interesse al provvedimento*, dir. G. D. Falcon, Univ. Studi Trento, Trento, 2001, pp. 127-139.
- MAURER, HARTMUT: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13ª ed., C. H. Beck, München, 2000.
- MAZEAUD, HENRI; MAZEAUD, LÉON; y TUNC, ANDRÉ: *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, t. I (vols. 1º y 2º), t. II (vols. 1º y 2º), t. III (vols. 1º y 2º), trad. 5ª edic. L. Alcalá-Zamora Castillo, Ejea, Buenos Aires, 1962-1963.
- MEDICUS, DIETER: *Tratado de las relaciones obligacionales*, 2 vols., trad. 6ª ed. (1992) A. Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1995.
- MEDINA ALCOZ, LUIS: *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2005.
- *El resarcimiento del daño causado por acto administrativo ilegal. Análisis de la cuestión en los ordenamientos italiano, francés, alemán y español*, R. Gen. Der. Adm., Iustel.com, núm. 9, jun. 2005.
 - *Dal dogma dell'infallibilità dello Stato alla teoria della perdita di «chance»: l'evoluzione della responsabilità civile da provvedimento nell'ordinamento*

- italiano (1865-1999)*, Dir. Reg., mayo-ag. 2005, núms. 3-4, pp. 361-447.
- *Confianza legítima y responsabilidad patrimonial*, REDA, núm. 138, abr.-jun. 2006, pp. 275-326.
 - *Recensión a E. GARCÍA DE ENTERRÍA, La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho español*, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2005, REDA, núm. 130, abr.-jun. 2006, pp. 393-404.
 - *Spanish Law System and Internazionalization of Human Rights Protection*, European Rev. Public L., núm. LXXXIII, jun. 2006, pp. 489-521.
- MEDINA ALCOZ, María: *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, pról. J. Pérez de Vargas Muñoz, Dykinson, Madrid, 2003.
- *La asunción de los riesgos en el ámbito taurino y en los deportes*, en *IX Jornadas de responsabilidad civil y seguros* (Zaragoza, feb. 2004), Col. Abogs. Zaragoza, Zaragoza, 2004, pp. 59-134.
 - *La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos*, pról. M. Yzquierdo Tolsada, Dykinson, Madrid, 2004.
- MEDINA ALCOZ, María y MEDINA CRESPO, Mariano: *Personal injury compensation in Spain*, en AAVV, *Personal Injury Compensation in Europe*, dir. W. Resch, coords. M. Bona y Ph. Mead, Peopil Research Group/Kluwer, Deventer, 2003, pp. 433-458.
- MEDINA CRESPO, Mariano: *El seguro obligatorio de automóviles. Cuestiones básicas. Principios y límites. Compensación de culpas*, s. e., Madrid, 1994.
- *Responsabilidad civil automovilística. De las culpas absueltas a las inocencias condenadas*, Comares, Granada, 1996.
 - *La valoración civil del daño corporal. Bases para un Tratado. Análisis jurídico del sistema incluido en la Ley 30/95. Doctrina y Jurisprudencia*, t. I, *Los fundamentos*, Dykinson, Madrid, 1999.
 - *La valoración civil del daño corporal. Bases para un Tratado. Análisis jurídico del sistema incluido en la Ley 30/95. Doctrina y Jurisprudencia*, t. III, vol. 2º, *Las consecuencias patrimoniales. El lucro cesante. Propuestas «de lege ferenda»*, Dykinson, Madrid, 1999.
 - *La valoración civil del daño corporal. Bases para un Tratado. Análisis jurídico del sistema incluido en la Ley 30/95. Doctrina y Jurisprudencia*, t. IV, *El fallecimiento*, Dykinson, Madrid, 2000.
 - *La bendición constitucional del Baremo. Razones y consecuencias. Estudio de la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, de 29 de junio de 2000, sobre el sistema de valoración de los daños corporales causados en accidentes de circulación*, Dykinson, Madrid, 2000.
 - *Daños corporales y Carta Magna. Repercusión de la doctrina constitucional sobre el funcionamiento del sistema valorativo*, Dykinson, Madrid, 2003.
 - *El resarcimiento del lucro causado por la muerte*, en *Ponencias del 5º Con-*

- greso Nacional de la Asociación española de Abogados especializados en responsabilidad civil y seguro*, Grupo Ed. Univ., Granada, 2005, pp. 49-207.
- MELE, Eugenio: *Il risarcimento dei danni in materia di appalti pubblici. Commento all'art. 13 della legge comunitaria 1991*, Riv. trim. app., 1991, pp. 1125-1137.
- MESSINEO, Francesco: *Trattato di Diritto civile e commerciale*, t. I, dir. A. Cicu y F. Messineo, Giuffrè, Milano, 1973.
- MESTRE DELGADO, Juan: *El control de la adjudicación de los contratos públicos a tenor del Derecho Comunitario Europeo: Una nueva ordenación de las medidas cautelares (Comentario a la Directiva 89/665/CEE, de 21 de noviembre de 1989)*, Noticias CEE, núm. 74, 1991, pp. 35-40.
- MIGIT, Jeffrey D.: *The Supreme Court of Texas refuses to adopt the «loss of chance» doctrine: Kramer V. Lewisville Memorial Hospital*, South Texas L. Rev., núm. 35, 1994, pp. 365-385.
- MILDRED, Mark: *Medical negligence. Personal injury. Loss of a chance. Misdiagnosis*, Journal Personal Injury, 2003, pp. 9-12.
- MIR PUIGPELAT, Oriol: *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, pról. T. Font i Llovet, Civitas, Madrid, 2000.
- *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, pról. E. García de Enterría Martínez-Carande, Civitas, Madrid, 2002.
- *Derecho a indemnización por la denegación ilegal del permiso de trabajo. Comentario a la STS, 3ª, 7.7.2003*, InDret. Revista para el análisis del Derecho, www.indret.com, 1/2004, 8 pp.
- MONATERI, Pier Giuseppe: *Il «Tort» da illegittimo esercizio della funzione pubblica*, nota S. Tr. Cas., Civil (Seccs. Unidas), 22 jul. 1999, núm. 500, Danno resp., 1999/10, pp. 978-979.
- MONTERO AROCA, Juan: *La prueba en el proceso civil*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1998.
- MOORE, Bryson B.: *South Carolina rejects the lost chance doctrine*, South Carolina L. Rev., núm. 48, 1996, pp. 201-215.
- MORBIDELLI, Giuseppe: *Note introduttive sulla Direttiva ricorsi*, Riv. Dir. pubbl. comunit., 1991, pp. 829-864.
- *L'appalto comunitario nel settore dell'energia*, Riv. Dir. pubbl. comunit., 1993/4, pp. 743-819.
- MOROTE SARRIÓN, José Vicente: *La responsabilidad solidaria de las Administra-*

- ciones Públicas en los procedimientos bifásicos*, RAP, núm. 154, 2001/1, pp. 95-128.
- MOSCARINI, Lucio V.: *Risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi e nuovo riparto di giurisdizione*, Dir. proc. amm., 1998/4, pp. 803-842.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge J.: *Frustración de una «chance» por error en el diagnóstico*, coment. S. Cámara Nac. Apelacs. Civil Buenos Aires, 21 dic. 1981, *in re Almonacid vs. Debora Centro Médico*, en *Estudios sobre responsabilidad por daños*, t. IV, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1982, pp. 61-77.
- *Las eximentes en general*, en AAVV, *Responsabilidad civil*, bajo su dir., 1ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1992.
- MÜLLER, Christoph: *La perte d'une chance*, Stämpfli Verlag, Bern, 2002.
- *Schadenersatz für verlorene Chancen. Ei des Kolumbus oder Trojanisches Pferd?*, AJP, 2002, pp. 389-406.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago: *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas. (Y otros estudios sobre responsabilidad)*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1998.
- MUÑOZ SABATÉ, Luis: *Técnica probatoria. Estudio de las dificultades de la prueba en el proceso*, pról. S. Sentis Melendo, Praxis, Barcelona, 1967.
- *La prueba de la culpa y el daño*, Bosch, Barcelona, 1995.
- MURGIA, Roberto: *Il risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo negli appalti pubblici alla luce del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80: la quantificazione del danno e il sistema probatorio*, Riv. giur. sarda, 2000, pp. 232-236.
- MÚRTULA LAFUENTE, Virginia: *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de grupo*, Dykinson, Madrid, 2005.
- *Causalidad alternativa e indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil*, InDret. Revista para el análisis del Derecho, www.indret.com, 2/2006, 28 pp.
- NAVEIRA ZARRA, Maite María: *La responsabilidad civil de los profesionales*, en AAVV, *Derecho de la responsabilidad civil extracontractual*, dir. J. M. Peña López, Cálamo, Barcelona, 2004, pp. 364-406.
- *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, pról. J. M. Peña López, Edersa, Madrid, 2006.
- NICHOLS, Shawn M.: *Jorgenson v. Vener: The South Dakota Supreme Court declares loss-of-chance doctrine as part of our Common Law in Medical Malpractice Torts*, South Dakota L. Rev., núm. 46, 2001, pp. 618-647.
- NIELSEN, Søren Vagner y VON EYBEN, Bo: *Personal injury compensation in Denmark*, en AAVV, *Personal Injury Compensation in Europe*, dir. W.

- Resch, coords. M. Bona y Ph. Mead, Peopil Research Group/Kluwer, Deventer, 2003, pp. 73-104.
- NIETO GARCÍA, Alejandro: *Evolución expansiva del concepto de expropiación forzosa*, RAP, núm. 38, 1962/2, pp. 67-124.
- *La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado*, REDA, núm. 4, 1975/1, pp. 90-95.
- *Prólogo a A. BLASCO ESTEVE, La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, reseñada, pp. 13-20.
- *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000.
- NOCCO, Lucca: *La «probabilità logica» del nesso causale approda in sede civile*, nota S. Tr. Casación (Secc. 3ª), 4400/2004, de 4 de marzo, Danno resp., 1/2005, pp. 57-61.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier y PEDREIRA ANDRADE, Antonio Eduardo: *Introducción al Derecho y Derecho Civil Patrimonial*, vol. 2º, Ceura, Madrid, 1995.
- OPPO, Giorgio: *Novità e interrogativi in tema di tutela degli interessi legittimi*, Riv. Dir. civ., 2000/3/1, pp. 391-399.
- ORLANDO, Vittorio Emmanuelle: *Saggio di una nuova teorica sul fondamento giuridico della responsabilità civile. A proposito della responsabilità diretta dello Stato*, Arch. Dir. pubbl., 1893/3, pp. 321-378.
- ORSI BATTAGLINI, Andrea y MARZUOLI, Carlo: *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, coment. S. Tr. Cas., Civil (Seccs. Unidas), 22 jul. 1999, núm. 500, Dir. pubbl., 1999/2, pp. 487-504.
- OSSENBUHL, Fritz: *La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos en la República Federal de Alemania*, trad. J. Barnés Vazquez, en AAVV, *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado. Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia*, coord. J. Barnés Vázquez, Tecnos/Junta de Andalucía, Madrid, 1996, pp. 931-954.
- *Staatshaftungsrecht*, 5ª ed., revis. ampl., C. H. Beck'she Verlagsbuchhandlung, München, 1998.
- PACCES, Alessio: *Alla ricerca delle «chances» perdute: vizi (e virtù) di una costruzione giurisprudenziale*, coment. S. Tr. Roma, 28 oct. 1999, Danno resp., 2000/6, pp. 658-665.
- *Competizioni automobilistiche: nuovo terreno fertile per il risarcimento delle «chances» perdute?*, nota S. Tr. Monza, 21 febr. 1992, Riv. Dir. sport., 1994, pp. 447-460.
- PACCHIONI, Giovanni: *Corso di Diritto civile italiano. Delle leggi in generale*, t. IV, *Dei delitti e quasi delitti*, Cedam, Padova, 1940.

- PALACI DI SUNI PRAT, Elisabetta: *I diritti al procedimento. Profili di diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 1994.
- PALMAS, Caterina: *Il risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi in tema di appalti pubbliche. La quantificazione del danno*, Riv. amm. Pubbl. it., 1996, pp. 1225-1245.
- PALMIERI, Alessandro y PARDOLESI, Roberto: *Commento S. Tr. Cas. (Seccs. Unidas)*, 22 jul. 1999, núm. 500, Danno resp., 1999/10, pp. 980-984.
- PANTALEÓN PRIETO, Ángel Fernando: *Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de daños*, Univ. Autón. Madrid, 1981.
- *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, ADC, t. 44, 1991/3, pp. 1019-1091.
 - *Comentario al artículo 1902 del Código civil*, en AAVV, *Comentario del Código civil*, dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, L. Díez-Picazo Ponce de León, C. Paz-Ares Rodríguez y P. Salvador Coderch, t. II, Min. Just., Madrid, 1991, pp. 1971-2003.
 - *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación*, en *Centenario del Código Civil*, t. II, Ceura, Madrid, 1991, pp. 1971-2003.
 - *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, ADC, t. 46, 1993/4, pp. 1719-1745.
 - *Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, Document. adm., núms. 237-238, 1994/1-2, pp. 239-252.
 - *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995.
 - *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones Públicas)*, en AAVV, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, coord. J. A. Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 437-465; en AAVV, *La responsabilidad en el Derecho*, bajo su dir., An. Fac. Der. Univ. Autón. Madrid, núm. 4, 2000, pp. 167-191; en AAVV, *Estudios de Responsabilidad civil en homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, coord. R. de Ángel Yáguez y M. Yzquierdo Tolsada, Ciudad Argentina/Dykinson, Madrid, 2001, pp. 187-216; en AAVV, *Ponencias del 2º Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, Granada, 2002, pp. 213-242; parcialmente, con el título *La prevención a través de la indemnización: los daños punitivos en Derecho norteamericano y el logro de sus objetivos en el Derecho español*, en AAVV, *Derecho de consumo: acceso a la justicia, responsabilidad y garantía*, Ests. Der. Jud., Cons. Gen. Poder Jud./Min. San. Cons., Madrid, 2001, pp. 29-43.
 - *Prólogo a A. SOLER PRESAS, La valoración del daño en el contrato de compraventa*, reseñada, pp. 17-19.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles: *The proof of a causal relationship. Damages*

- caused by identical products made by different manufacturers (Comments on the Judgement of the Dutch Supreme Court of 9 October 1992. The possible solution offered by the Spanish legal order)*, *European Rev. Priv. L.*, 1995, pp. 414-430.
- PARTISANI, Renato: *Lesione di un interesse legittimo e danno risarcibile: la perdita della «chance»*, *Resp. civ. previd.*, 2000, pp. 566-590.
- PASCUAL ESTEVILL, Luis: *Hacia un concepto actual de responsabilidad civil*, t. I (*Parte general*), Bosch, Barcelona, 1989.
- PATRONI GRIFFI, Filippo: *Riflessioni problematiche su alcuni elementi dell'illecito*, en AAVV, *La tutela dell'interesse al provvedimento*, dir. G. D. Falcon, Univ. Studi Trento, Trento, 2001, pp. 215-225.
- PEIRANO FACIO, Jorge: *Responsabilidad extracontractual*, 3ª ed., Temis, Bogotá, 1981.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando: *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Comares, Granada, 2002.
- *Comentario a los artículos 1902 a 1910*, en *Comentarios al Código civil*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Elcano, 2001, pp. 2120-2137.
- *Los criterios de imputación objetivos*, en AAVV, *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, dir. J. M. Peña López, Cálamo, 2004, pp. 135-143.
- PEÑA SÁNCHEZ, Daniel; y ROMO URROZ, Juan: *Introducción a la Estadística para las Ciencias Sociales*. McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- PERFETTI, Luca: *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, *Foro amm.*, 2000/2, pp. 424-440.
- PERKINS, Jason: *McMullen V. Ohio State University Hospitals: legal recovery for terminally ill and injured patients without the lost chance doctrine*, *Univ. Toledo L. Rev.*, núm. 32, 2001, pp. 451-482.
- PERRY, Stephen. R.: *Protected interest and undertakings in the Law of Negligence*, *Univ. Toronto L. Journal*, 42, 1992, pp. 247-317.
- PHILLIPS, J. Stephen: *The «lost chance» theory of recovery*, *Colorado Lawyer*, núm. 27, 1988, pp. 85-87.
- PINTOS AGER, Jesús: *Baremos, Seguros y Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 2000.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis: *El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública comunitaria*, en AAVV, *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*. *Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, coord. L. Martín-Retortillo Baquer, t. I, *Consideraciones generales. El procedimiento*

- administrativo*, present. S. Martín-Retortillo Baquer, Civitas, Madrid, 1993, pp. 773-795.
- PIZARRO, Ramón Daniel: *Causalidad adecuada y factores extraños*, en AAVV, *Derecho de daños*, dir. F. A. Trigo Represas y R. S. Stiglitz, 1ª parte, Edics. La Rocca, Buenos Aires, 1991, pp. 255-302.
- *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del Derecho*, Hammurabi-Depalma, Buenos Aires, 1996.
- PLAZA PENADÉS, Javier: *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
- POINCARÉ, Henri: *Ciencia e hipótesis*, introducción J. de Lorenzo, trad. A. B. Besio y J. Banfi, Espasa Calpe, 2002.
- PONZANELLI, Giulio: *Commento* S. Tr. Cas. (Seccs. Unidas), 22 jul. 1999, núm. 500, Danno resp., 1999/10, pp. 984-987.
- POPPER, Karl Raimund: *La lógica de la investigación científica*, trad. V. Sánchez de Zavala, con apéndices y notas, Tecnos, Madrid, 1962.
- *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones*, trad. N. Míguez, Paidós, Barcelona, 1994.
- *Búsqueda sin término. Una autobiografía intelectual*, trad. C. García Trevijano, Alianza Editorial, Madrid, 2002.
- PORTAT Ariel, y STEIN, Alex: *Liability for uncertainty: making evidential damage actionable*, Cardozo L. Rev., núm. 18, 1997, pp. 1891-1960.
- POSNER, Richard Allen: *El análisis económico del derecho*, trad. E. L. Suárez, Fondo Cult. Econ., México, 1998.
- POUND, Roscoe: *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, trad. J. Puig Brutau, Comares, Granada, 2004.
- PRIEST, George L.: *El derecho de la responsabilidad extracontractual moderno y su reforma*, trad. esp. C. F. Rosenkrantz, en AAVV, *La responsabilidad extracontractual*, comp. C. F. Rosenkrantz, Gedisa, Barcelona, 2005, pp. 263-299.
- PRINCIGALLI, Anna Maria: *Perdita di «chances» e danno risarcibile*, coment. S. Tr. francés Cas., 17 nov. 1982, Riv. crit. Dir. priv., 1985/2, pp. 315-331.
- *Quando è più sì che no: perdita di «chance» come danno risarcibile*, nota S. Tr. Cas., Lab., 19 dic. 1985, núm. 6506, Foro it. 1986/I, cc. 384-387.
- PROTTO, Mariano: *È crollato il muro della irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi: una svolta epocale?*, coment. S. Tr. Cas., Civil (Seccs. Unidas), 22 jul. 1999, núm. 500, Urb. app., 1999/10, pp. 1067-1093.

- *Responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, Urb. app., 2000/9, pp. 985-1006.
- PUIG BRUTAU, JOSÉ: *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, vol. 2º, *Contratos en particular. Enriquecimiento injusto. Responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, 1956.
- *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. 3º, *Enriquecimiento injusto. Responsabilidad extracontractual. Derecho a la intimidad*, Bosch, Barcelona, 1983.
- QUARANTA, ALFONSO: *Presentazione del tema*, en AAVV, *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi. Atti del XLIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione* (Varenna-Villa Monastero, 1997, sept.), Giuffrè, Milano, 1998, pp. 7-15.
- QUERALT JIMÉNEZ, ARGELIA: *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- RACCA, GABRIELLA M.: *La quantificazione del danno subito dai partecipanti alle gare per l'affidamento di appalti pubblici*, Dir. amm., 1998/1, pp. 155-166.
- *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra autonomia e corretteas*, Jovene, Napoli, 2000.
- *Gli elementi della responsabilità della pubblica Amministrazione e la sua natura*, en E. R. GAROFOLI, G. M. RACCA, M. DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 133-231.
- RAFFI, ALESSANDRA: *Danni alla professionalità e da perdita di «chances»*, en AAVV, *Danno biologico e oltre. La risarcibilità dei pregiudizi alla persona del lavoratore*, dir. M. Pedrazzoli, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 59-84.
- RAGEL SÁNCHEZ, LUIS FELIPE: *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho Civil: Obligaciones y Contratos*, Dykinson, Madrid, 2000.
- RAMÍREZ GARCÍA, SERGIO: *Algunos criterios recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Cuadernos Constitucionales, 1999/1, jul.-dic., pp. 123-160.
- RAMOS GONZÁLEZ, SONIA: *Responsabilidad civil por medicamento. Defectos de fabricación, de diseño y en las advertencias o instrucciones*, pról. P. Salvador Coderch, Thomson/Civitas, Madrid, 2004.
- REBOLLEDO VARELA, ÁNGEL LUIS: *Abogados: responsabilidad civil. Negligencia profesional: existencia. Daños y perjuicios: procedimiento para determinar la cuantía de la indemnización. Comentario STS (Sala 1ª) de 16 de diciembre de 1996*, CCJC, 1997, marg. núm. 1178, pp. 475-499.
- REBOLLO PUIG, MANUEL: *Sobre la reforma del régimen de responsabilidad de la*

- Administración*, en AAVV, *Estudios para la reforma de la Administración pública*, dir. F. Sainz Moreno, Inap, Madrid, 2004, pp. 215-241.
- REECE, Helen: Losses of chance in the Law, *Mod. L. Rev.*, núm. 59, 1996, pp. 188 ss.
- REGLERO CAMPOS, Luis Fernando: *Tratado de Responsabilidad Civil*, AAVV, bajo su coord., Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
- *Conceptos generales y elementos de delimitación*, en AAVV, *Tratado de Responsabilidad Civil*, bajo su coord., Aranzadi, Cizur Menor, cap. 2º, pp. 45-162.
 - *El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas*, en AAVV, *Tratado de Responsabilidad Civil*, bajo su coord., Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 285-394.
- REYES MONTERREAL, José María: *Comentarios a la Ley de uso y circulación de vehículos a motor*, Nauta, Barcelona, 1965.
- ROCA TRÍAS, Encarna: *Derecho de daños, textos y materiales*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- ROGEL VIDE, Carlos: *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, pról. J. Santos Briz, Civitas, Madrid, 1977.
- *Aspectos de la responsabilidad civil extracontractual resultante de daños causados por productos defectuosos sin y con la jurisprudencia en la mano*, RGLJ, 1999/5, pp. 595-611; también, en AAVV, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, coord. J. A. Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 565-583.
- ROMANO, Santi: *Fragmentos de un diccionario jurídico*, trad. S. Sentis Melendo y M. Ayerra Redín, Comares, Granada, 2002.
- ROSENBERG, Leo: *La carga de la prueba*, trad. E. Krotoschin 3ª ed. alemana, Ed. Jur. Eur.-Amer., Buenos Aires, 1956.
- ROSSETTI, Marco: *Il danno da perdita di «chance»*, *Riv. giur. circ. trasp.*, 2000, pp. 662-678.
- *Il danno da lesione della salute. Biológico. Patrimoniale. Morale*, Cedam, Padova, 2001.
- ROSSI, Raffaele: *La liquidazione equitativa del danno*, en AAVV, *Il danno risarcibile*, dir. G. Vettori, vol. II, Cedam, Padova, 2004, pp. 1435-1510.
- ROXIN, Claus: *Derecho penal. Parte General*, t. I, *Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, 4ª reimpr., trad. 2ª ed. alemana de D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal, Thomson/Civitas, Elcano, 2006.
- RUDA GONZÁLEZ, Albert: *La responsabilidad por cuota de mercado a juicio*, In-

- Dret. Revista para el análisis del Derecho, www.indret.com, 3/2003, 33 pp.
- *Entre todo y nada. Una visión crítica de la responsabilidad por cuota de mercado*, R. Asoc. Esp. Abogs. Especs. Resp. civ. Seg., núm. 5, 2003/1, pp. 13-29.
- RÜFNER, Wolfgang: *Das Recht der öffentlich-rechtlichen Schadensersatz- und Entschädigungsleistungen*, en AAVV, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, coord. Hans-Uwe Erichsen y Dirk Ehlers, 12ª ed., De Gruyter Recht, Berlin, 2002, pp. 687-789.
- SAINZ MORENO, Fernando: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro: *La apertura Constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Cons. Gen. Poder Jud., Madrid, 1999.
- SALEILLES, Raymond: *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, 3ª ed., LGDJ, Paris, 1914, pp. 376-401.
- SALERNO, Antonella; y MORENO FUENTES, Rodrigo: *La responsabilidad de la Administración por actos que afectan a los «intereses legítimos» en el sistema italiano. ¿Un cambio revolucionario?*, RAP, núm. 152, 2000/2, pp. 421-456.
- SALLET, Frédérique: *La perte de chance dans la jurisprudence administrative relative à la responsabilité de la puissance publique*, LGDJ, Paris, 1994.
- SALVADOR CODERCH, Pablo; y FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio: *Causalidad y responsabilidad*, InDret. Revista para el análisis del Derecho, www.indret.com, núm. 329, 2006, pp. 1-25.
- SALVADOR CODERCH, Pablo; y SOLÉ FELIÚ, Josep: *Brujos y apéndices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto*, Pons, Madrid, 1999.
- SALVI, Cesare: *La responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1998.
- SAMANIEGO BORDIÚ, Gonzalo: *La normativa comunitaria de los contratos de las empresas que actúan en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones*, REDA, núm. 71, 1991, pp. 357-374.
- SAMUELSON, Paul A.; y NORDHAUS, William D.: *Economía*, trad. M. Ottino y M. T. Musacchio, 15ª ed., McGraw-Hill, Milano, 1995.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Principios de Derecho Administrativo General*, t. I, Iustel, Madrid, 2004.

- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso/PAREJO ALFONSO, Luciano: *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ceura, Madrid, 1985.
- SANTORO, Pelino: *La responsabilità civile, penale ed amministrativa negli appalti pubblici*, present. G. Di Giandomenico, Giuffrè, Milano, 2002.
- SANTOS BRIZ, Jaime: *Comentario a los artículos 1902-1910 del Código Civil*, en AAVV, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. M. Albala-dejo García, t. 24, Edersa, Madrid, 1984, pp. 93-661.
- *Responsabilidad civil en los accidentes automovilísticos*, La Ley-Act., Las Rozas, 1996.
- *La responsabilidad civil: Derecho sustantivo y procesal*, 4ª ed. act. rev., Montecorvo, Madrid, 1986.
- SAVATIER, René: *Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé?*, Recueil Dalloz, 1970, Jurispr. gén., Chron., p. 123.
- *Aspects de la responsabilité médicale en France*, Revue Fr. Droit adm., 1976, p. 502.
- SCHMIDT, Burkhard: *Der irrtum des Kollegialgerichts als Entschuldigungsgrund?*, NJW, 1993, núm. 25, pp. 1630-1631.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard: *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, trad. M. Bacigalupo Saggese, J. Bárcenas Vázquez, J. García Luengo, R. García Macho, A. Huergo Lora, J. M. Rodríguez de Santiago, G. Valencia Martín, F. Velasco Caballero, prólog. A. López Pina, Marcial Pons/Inap, Madrid, 2003.
- SCHMIDT-LEICHNER: *Haftbefehl und Regreß*, NJW, 1959, núms. 19-20, pp. 841-853.
- SCHUCK, Peter H.: *Dos cuestiones causales: daños masivos y causas sociales*, trad. esp. C. F. Rosenkrantz, en AAVV, *La responsabilidad extracontractual*, en AAVV, *La responsabilidad extracontractual*, comp. C. F. Rosenkrantz, Gedisa, Barcelona, 2005, pp. 171-190.
- SCHWARZE, Jürgen: *The role of General Principles of Administrative Law in the Process of Europeanization of National Law: The case of Proportionality*, en *Studies on European Public Law. The europeanization of public law and the european constitution*, dir. L. Ortega Álvarez, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 27-50.
- SCOCA, Franco Gaetano: *Risarcibilità e interesse legittimo*, Dir. pubbl., 2000/1, pp. 14-53.
- SCODITINI, Enrico: *L'interesse legittimo e il costituzionalismo. Conseguenze della svolta giurisprudenziale in materia risarcitoria*, nota S. Tr. Cas., Civil (Seccs. Unidas), 22 jul. 1999, núm. 500, Foro it., 1999/11, cc. 3226-3240.

- SECO REYMUNDO, Manuel: *Diccionario de dudas y dificultades de la lengua española*, Espasa Calpe, Madrid, 1989.
- SELVADORAY, Jonathan, *Pérdida de oportunidad y derechos humanos*, en AAVV, *Liber amicorum. Héctor Fix-Zamudio*, CIDH, San José (Costa Rica), 1998, vol. 2, pp. 1401-1414.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: *Normas de presunción en el Código civil y Ley de arrendamientos urbanos*, Nauta, Barcelona, 1963.
- SERRA RODRÍGUEZ, Adela: *La responsabilidad civil del abogado*, pról. V. L. Montés Penadés, Aranzadi, Elcano, 2ª ed., 2001.
- SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles: *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas. Respuestas jurídicas al contagio transfusional del SIDA y de la hepatitis*, Madrid, Civitas, 2002.
- SEVERI, Cristina: *Perdita di «chance» e danno patrimoniale risarcibile*, Resp. civ. previd., 2003/2, pp. 296-340.
- SHAVELL, Steven: *Economic analysis of accident law*, Cambridge, Harvard Univ. press, Cambridge (Massachusetts), 1987.
- *Uncertainty over causation and the determination of civil liability*, National Bureau of Economic Research, Working Paper núm. 1219, 1983, www.nber.org/papers/w1219.pdf, 95 pp.
- *Economic Analysis of Accident Law*, en National Bureau of Economic Research, Working Paper núm. 9483, 2003, www.nber.org/papers/w9483, 97 pp.
- SMITH, Shelly E.: *Lost chance of survival in Illinois: the need for guidance from the Illinois Supreme Court*, Loyola Univ. Chicago L. Journal, núm. 23, 1991, pp. 155-180.
- SOBRINO, Augusto Roberto: *La responsabilidad profesional de los abogados*, en AAVV, *Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación*, vol. I, coord. C. A. Gherzi, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 357-378.
- SOLÉ FELIÚ, Josep: *La concurrencia de la culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo*, ADC, t. 50, 1997/2, pp. 865-902.
- SOLER PRESAS, Ana: *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, pról. F. Pantaleón Prieto, Aranzadi, Elcano, 1998.
- SORACE, Domenico: *Presentazione a Problemi e prospettive delle responsabilità pubbliche*, en AAVV, *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, bajo su dir., Cedam, Padova, 1998, pp. XI-XXXIII.
- SOTO NIETO, Francisco: *La llamada compensación de culpas*, R. Der. Priv., t. 52, 1968, pp. 409-427.

- SOUPLET, Isabelle: *La perte de chances dans le Droit de la responsabilité médicale*, Tesis, Univ. Lille II, 2002 (texto mecanografiado).
- SPIER, Jaap: *General introduction*, en AAVV, *Principels of European Tort Law. Text and Commentary*, SpringerWien/NewYork, Horn, 2005, pp. 12-18.
- STEININGER, Barbara C.: *Austria*, informe nacional, en AAVV, *European Tort Law*, dirs. H. Koziol y B. C. Steininger, Springer, Wien, 2002, pp. 58-88.
- STIGLITZ, Gabriel A.; y ECHEVESTI, Carlos A.: *El daño resarcible*, en AAVV, *Responsabilidad civil*, dir. J. J. Mosset Iturraspe, Hammurabi/Depalma, Buenos Aires, 1992, pp. 211-233.
- SUSCA, Alessandra: *Il risarcimento del danno da perdita di chance*, coment. S. Cons. Stato (Secc. 4ª), 18 dic. 2001, núm. 553, Urb. app., 2002/6, pp. 700-710.
- SÜSS, Theodor: *La evolución de la responsabilidad por riesgo en el moderno Derecho alemán*, trad. J. M. Navas Müller, R. Der priv., t. 27, 1943, pp. 54-72 (1ª parte) y pp. 137-159 (2ª parte).
- TANZI, Silvia Y.: *La reparabilidad de la pérdida de la «chance»*, en AAVV, *La responsabilidad civil. Libro homenaje prof. I. Goldenberg*, dir. A. A. Alterini/R. M. López Cabana, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, pp. 329-333.
- TARANTINO, Luigi: *L'azione di condanna del processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003.
- TARUFFO, Michele: *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1992.
— *Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba*, trad. D. González Lagier, Discusiones, Rev. electrónica, <http://www.cervantesvirtual.com>, pp. 81-97.
- TIRADO MARTÍ, Ignacio: *Los Administradores concursales*, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2005.
- TORCHIA, Luisa: *Risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, coment. S. Tr. Cas., Civil (Seccs. Unidas), 22 jul. 1999, núm. 500, Giorn. Dir. amm., 1999/9, pp. 832-850.
- TORRESI, Tullia: *Il danno da perdita di «chance» tra contratto e torto: diritto alla integrità patrimoniale? danno meramente patrimoniale?*, Giurispr. it., 1999, pp. 2073-2074.
- TRAVI, Aldo: *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, Dir. amm., 2001/1, pp. 7-21.
— *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo fra azione di adempimento e azione risarcitoria*, Dir. proc. amm., 2003/1, pp. 222-235.

- TRIMARCHI, Pietro: *Causalità e danno*, Giuffrè, Milano, 1967.
- TRIMARCHI BANFI, Francesca: *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Utet, Torino, 2000.
- *L'ingiustizia del danno da lesione di interessi legittimi*, Dir. proc. amm., 2001/3, pp. 632-644.
- TRUCKOR, Michelle L.: *The loss of chance doctrine legal recovery for patients on the edge of survival*, Univ. Dayton L. Rev., núm. 24, pp. 349-373.
- TURCO, Claudio: *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Publics. Univ. Catania, Giuffrè, Milano, 1990.
- VAIANO, Diego: *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2002.
- VANDELLI, Luciano: *Devolution e altre storie. Paradossi, ambiguità e rischi di un progetto politico*, Mulino, Bologna, 2002.
- VELASCO CABALLERO, Francisco: *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, pról. A. Gallego Anabitarte, Tecnos, Madrid, 1996.
- VILLAR PALASÍ, José Luis: *Pago de intereses de mora en los contratos administrativos*, Libro Consular Consejo de Estado, Madrid, 1972.
- VILLAR ROJAS, Francisco José: *La responsabilidad de las Administraciones Sanitarias: fundamentos y límites*, Praxis, Barcelona, 1996.
- VINEY, Geneviève: *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, Paris, 1965.
- *De la responsabilité personnelle à la répartition des risques*, Arch. Ph. Dr., t. 22, 1977, pp. 5-22.
- *Responsabilité civile. La responsabilité du fait des choses*, Juris-Classeur pér., Semaine jur., Édition. Gén., núm. 24, 1995, Chron., pp. 267-269.
- VINEY, Geneviève; y JOURDAIN, Patrice: *Les conditions de la responsabilité (Damage. Causalité. Faute. Fait d'autrui. Fait des choses. Troubles de voisinage. Accidents de la circulation)*, segundo de los tres tomos dedicados a la responsabilidad civil, integrados en *Traité de Droit Civil*, dir. J. Ghestin, 2ª ed., LGDJ, Paris, 1998.
- VIOLA, Luigi: *Il danno esistenziale nella responsabilità civile della Pubblica Amministrazione*, Tribuna, Piacenza, 2003.
- VIOLANTE, Umberto: *La «chance» di un giro di valzer (sul danno biologico dell'aspirante ballerino)*, coment. S. Tr. Cas., Civil (Secc. 3ª), 25 sept. 1998, núm. 9598, Danno resp., 1999/5, pp. 534-541.
- VIPIANA, Piera Maria: *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Giuffrè, Milano, 1990.

- VON IHERING, Rudolf: *El espíritu del Derecho romano*, abreviatura F. Vela, pról. R. Hernández Marín, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- VON WICHMANN ROVIRA, Gerardo: *La Responsabilidad extracontractual o Derecho de daños*, en AAVV, *Instituciones de Derecho privado*, coord. gen. J. F. Delgado de Miguel, t. III, *Obligaciones y contratos*, coord. V. L. Simó Santonja, vol. 3º, Thomson-Civitas/Cons. Gen. Not., Madrid, 2003, tema 16, pp. 849-1209.
- WALKER, Vern R.: *Direct inference in the lost chance cases: factfinding constraints under minimal fairness to parties*, Hofstra L. Rev., núm. 23, 1994, pp. 247-307.
- WEIGAND, Tory A.: *Loss of chance in medical malpractice: the need for caution*, Massachusetts L. Rev., núm. 87, 2002, pp. 3-21
 — *Loss of chance in medical malpractice: a look at recent developments*, Defense Counsel Journal, núm. 70, 2003, pp. 301-314.
- WILLGING, Kevin Joseph: *Falcon v. Memorial Hospital: a rational approach to loss-of-chance tort actions*, Journal Contemporary Health L. Policy, núm. 9, 1993, pp. 545-562.
- WINDTHORST, Kay: *Amtshaftung*, en AAVV, *Staatshaftungsrecht*, C. H. Beck, München, 2000, pp. 78-216.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Reus, Madrid, 1993.
 — *Indemnización por la pérdida de una expectativa. Comentario de la STS (Sala 1ª) de 10 de octubre de 1998*, CCJC, 1999/2, marg. núm. 1354, pp. 533-542.
 — *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, Dykinson, Madrid, 1997.
 — *Negligencia profesional del abogado que deja prescribir la acción. Determinación del daño resarcible. Comentario de la STS (Sala 1ª) de 28 de enero de 1998*, CCJC, 1998, abr.-ag., marg. núm. 1279, pp. 673-688.
 — *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001.
- ZANNONI, Eduardo Antonio: *El daño en la responsabilidad civil*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1987.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde María: *Resarcimiento de daños*, t. 2a, *Daños a las personas. Integridad psicofísica*, 2ª ed., Hammurabi-Depalma, Buenos Aires, 1990.
 — *Persona, casos y cosas en el Derecho de daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.
- ZENO ZENCOVICH, Vincenzo: *Il danno per la perdita della possibilità di un'utilità futura*, Riv. Dir. comm., 1986/2, pp. 213-219.

- ZIVIZ, Patrizia: *Il risarcimento per la perdita di «chances» di sopravvivenza*, nota SS. Tr. Monza, 30 en. y 18 febr. 1998, Resp. civ. previd., 1998, pp. 705 ss.
- *Verso un altro paradigma risarcitorio*, en AAVV, *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, dir. P. Cendon y P. Ziviz, Giuffrè, Milano, 2000, cap. II, pp. 25-56.